II. Erster Beratungsgegenstand:

Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither

1. Bericht von Professor Dr. Freiherr von der Heydte, Würzburg

I.

Die besondere Situation des deutschen Volkes im Laufe der Jahrhunderte wird zum Unterschied von der Lage anderer europäischer Nationen — unter anderem — durch zwei merkwürdige Tatsachen gekennzeichnet: einerseits dadurch, daß die Geschichte Europas weitgehend durch die rechtliche Struktur des Staates bestimmt wurde, der als politische Organisationsform des deutschen Volkes erschien, so daß, wie Ulrich Scheuner aufgezeigt hat, das Problem der deutschen Verfassung immer wieder nicht nur als ein deutsches, innerstaatliches — und damit bloß staatsrechtliches — Problem erschienen ist, sondern als ein europäisches — und damit völkerrechtliches — Problem: Ulrich Scheuner weist etwa darauf hin, daß im Instrumentum Pacis Osnabrugensis der Friedensvertrag selbst zum letzten Grundgesetz des alten Reichs geworden war und daß die deutsche Bundesakte von 1815 in der Akte des Wiener Kongresses zu einem Bestandteil der wieder aufgerichteten internationalen Ordnung erhoben wurde. Andrerseits wird die besondere geschichtliche Lage der deutschen Nation auch dadurch gekennzeichnet, daß der Deutsche stets nur in einzelnen Augenblicken der Geschichte imstande war, ohne Zweifel und Widerspruch das Staatswesen genau zu bezeichnen, das seiner Struktur, seinem Wesen, seinem tragenden Gedanken und seiner räumlichen Ausdehnung nach als die politische Organisationsform des deutschen Volkes, als Deutschland schlechthin, gelten konnte. Zwischen diesen seltenen Augenblicken liegen große Zeitspannen unbefriedigender Teillösungen, Zeitspannen, in denen zwar manchmal ein Staat oder mehrere Staaten den Anspruch erhoben, der eigentliche deutsche Staat zu sein, in denen solcher Anspruch aber stets bald aus dem einen, bald aus dem anderen Grunde von einem Teil des deutschen Volks bestritten wurde. Nicht nur in der tragischen Auseinandersetzung zwischen Großdeutschland und Klein-Deutschland um die Mitte des 19. Jahrhunderts war die Frage: „Was ist des Deutschen Vaterland?" die Schicksalsfrage des deutschen Volks. Auch heute steht die Frage nach der Deutschen Vaterland wieder schicksalsschwer vor uns. Dem Juristen erscheint sie als die Frage nach der Rechtslage Deutschlands — nach dem deutschen Staat — im Jahre 1945 und seither.

„Im Jahre 1945 und seither": In dieser Zeitangabe schon wird angedeutet, daß es sich im Grunde um zwei verschiedene Problemkreise handelt. Zunächst geht es darum festzustellen, welche rechtliche Wirkungen auf den deutschen Staat geschichtliche Ereignisse hatten, in deren Mitte, sei es als ihre unmittelbare Folge, sei es als ihr Ausgangspunkt, die bedingungslose Kapitulation der deutschen Streitkräfte am 8. 5. 1945 steht. Davon aber zu trennen ist die andere Untersuchung, wie sich „seither" das Problem des deutschen Staates entwickelt und welche staatsrechtliche Folgen andere geschichtliche Ereignisse hatten, die in den Jahren nach dem 8. 5. 1945 — damals noch nicht voraussehbar — eingetreten sind.

„Und seither": Diese Zeitangabe deutet weiterhin an, daß es bei dem zweiten, zuletzt genannten Problemkreis nicht um abgeschlossene Fragen geht, die eine eindeutige Antwort ermöglichen. Wir stehen hier vielmehr noch mitten in den Problemen; sie können sich täglich neu und anders stellen und damit eine neue und andere Antwort erheischen. Die Lösungen hingegen, die sich für den erstgenannten Fragenkreis — den Problemkreis, den das Datum des 8. 5. 1945 bezeichnet — anbieten, erscheinen als abgeschlossen und beanspruchen Endgültigkeit. Mit ihnen darf ich mich zunächst befassen.

II.

Ich spreche von Lösungen, die sich anbieten. Doch: Ist die Frage, um die es geht, überhaupt juristisch lösbar? Es gibt Theoretiker, die dies verneinen. Sie halten das Problem nicht für ein rechtliches, sondern für ein rein politisches, das nur durch politische Ereignisse gelöst werden könne. Zweifellos: Bei der Beantwortung dieser Frage spielen politische Momente eine wesentliche Rolle; doch das schließt nicht aus, daß es sich trotzdem um eine Rechtsfrage handelt. In jedem positiven Recht steckt ja ein Stück Politik; jegliches Recht entsteht, lebt und wirkt in der Spannung zwischen der Verwirklichung einer konkreten, zeitgebundenen und nur aus der Zeit heraus zu verstehenden politischen Zielsetzung einerseits und der Verwirklichung einer zeitlos-überzeitlichen absoluten Rechtsidee anderseits. Recht ist stets beides: Verwirklichung eines politischen Ziels und Verwirklichung einer sittlichen Idee.

Wenn ich anerkenne, daß die Beantwortung der Frage nach der Rechtslage Deutschlands wesentlich von politischen Momenten bestimmt wird, dann meine ich damit allerdings keineswegs, daß solcher Antwort ein politisches Wunschbild zugrunde liegen muß oder auch nur zugrunde liegen darf: Wir müssen im Gegenteil versuchen, uns von jedem solchen Wunschbild, so schön es auch sein mag, völlig zu trennen. Die Frage nach der Rechtslage Deutschlands nach dem Zusammenbruch von 1945 kann nur von rechtlich

erheblichen Tatsachen her und auf Grund geschichtlicher Fakten, wie es staatliche Hoheitsakte, Erklärungen, Vertragsklauseln sind, beantwortet werden, niemals jedoch von einer politischen Utopie her! Diesen Fakten freilich, von denen wir ausgehen müssen, wohnt, wie Ulrich Scheuner betont hat, notwendig „ein inzidentes politisches Element inne".

Neben der These, die überhaupt die rechtliche Unlösbarkeit der gestellten Frage nach Deutschlands Stellung nach 1945 behauptet, weil es sich hier um ein reines Politikum handle, tritt eine zweite These, die zwischen der völkerrechtlichen und der staatsrechtlichen Seite des gestellten Problems unterscheidet: diese zweite These behauptet nur, daß vom Völkerrecht her die Frage nach der Rechtslage Deutschlands nicht beantwortet werden könne, da keine entsprechende Völkerrechtsnorm vorhanden sei; innerstaatlich hingegen, für den Bereich des deutschen Staatsrechts, entscheide der Wille des Staats — seine Selbstbestimmung — diese Frage. Ich habe mich vor drei Jahren in einem kleinen Aufsatz in der „Friedenwarte" mit dieser These auseinandergesetzt. Es sei mir gestattet, kurz zu wiederholen, was ich damals sagte.

Der völkerrechtliche Ausgangspunkt dieser Auffassung kann ein doppelter sein. Er kann von der Annahme ausgehen, daß es mangels der Gemeinsamkeit wenigstes einiger letzter ethisch-politischer Grundgedanken überhaupt keine allgemein gültige positive Völkerrechtsordnung mehr gebe, die in gleicher Weise die Staaten des abendländischen und des kommunistischen Denkens verbinde und verpflichte, sondern nur noch je ein Völkerrecht des Westens und eins des Ostens. Die Beziehungen zwischen den Staaten des Westens und denen des Ostens wären nach solcher Auffassung folgerichtig nicht mehr durch gemeinsame und beiderseits anerkannte Rechtsnormen, sondern nur durch Erwägungen der Zweckmäßigkeit und der Furcht bestimmt und einigermaßen geregelt. Eine solche These von der Aufspaltung des Völkerrechts ist nur vom Standpunkt eines rein positivistischen Rechtsbegriffs her vertretbar; für ein Rechtsdenken, das von einem objektiven und absoluten Rechtswert ausgeht, der — Gegenstand menschlicher Erkenntnis — unabhängig von dieser Erkenntnis besteht und jedem menschlichen Verhalten im Verkehr mit anderen Menschen Maßstab ist, ist es aus dem Wesen des Rechts und der menschlichen Beziehungen heraus schlechthin unmöglich, menschliche Beziehungen anzunehmen, die nicht von irgendeiner Rechtsordnung geregelt werden. Diese Rechtsordnung mag primitiv sein; sie mag jeder organisierten Zwangsgewalt entbehren; ihre wenigen Normen mögen häufig nicht beachtet werden: trotzdem besteht sie seit dem Augenblick, in dem die Menschen, um die es geht, miteinander in Beziehung traten, und solange solche Beziehungen, in welcher Form immer, noch vorhanden sind; sie besteht wenigstens mit dem not-

wendigen Mindestinhalt jeder Rechtsordnung, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die sich aus dem Wesen der menschlichen Person und der menschlichen Gemeinschaft ergeben — Normen, die unabhängig von Rechtsübung, Rechtsüberzeugung und rechtlichem Willen kraft ihres Inhalts verpflichten.

Solange also zwischenstaatliche Beziehungen welcher Art immer zwischen dem Westen und dem Osten bestehen, gibt es im Geiste dieses Rechtsbegriffs, zu dem ich mich bekenne, auch eine Rechtsordnung, die diese zwischenstaatlichen Beziehungen regelt — eine einheitliche Völkerrechtsordnung, die für die Staaten des Westens und des kommunistischen Ostens in gleicher Weise Geltung beansprucht.

Wer aus solchen Erwägungen heraus von der Existenz einer einheitlichen Völkerrechtsordnung überzeugt ist, muß für die These von der Unlösbarkeit der deutschen Frage im Rahmen des Völkerrechts einen anderen Ausgangspunkt suchen: Denn wie jede Rechtsordnung, so primitiv sie auch sein mag, über ihren Geltungsbereich und damit über diejenigen Personen oder Personenverbände eindeutig aussagt, die ihren Normen unterworfen sind, so bestimmt auch jede Völkerrechtsordnung, welcher Personenverband als Staat in ihrem Sinne existiert. Das heißt aber, daß eine einheitliche Völkerrechtsordnung auch Normen über die Rechtslage Deutschlands und über den rechtlichen Status der Bundesrepublik und der sog. DDR enthält — es sei denn, man nähme an, daß diese einheitliche Völkerrechtsordnung Lücken aufweist, die eine Beantwortung der gestellten Frage vereiteln. Dies scheint für den, der den Bestand einer einheitlichen Völkerrechtsordnung auch hic et nunc erkannt hat, der einzige Ausweg, um trotzdem noch die rechtliche Unlösbarkeit der deutschen Frage zu behaupten.

Lücken im Völkerrecht: Wiederum trennt sich das nur positivistische von einem wertphilosophisch verankerten Rechtsdenken. Der Positivist mag echte Lücken einer Rechtsordnung in dem Sinn annehmen, daß sich auf eine bestimmte Situation überhaupt keine Normen anwenden lassen, daß das Recht diese Lage nicht vorhergesehen hat und — von ihr überrascht — versagt, bis — meist zu spät — die Menschen neue Normen schaffen. Der von der Wertphilosophie geführte Jurist kennt dagegen hier nur vom Recht gewollte Lücken. Die gewollte Lücke aber ist rechtliche Regelung; sie ist eine Delegationsnorm, eine Norm, durch die die Rechtsordnung die Rechtsunterworfenen anweist, in bestimmten wertneutralen Lagen nach anderen als in dieser Rechtsordnung begründeten Erwägungen — nach Gutdünken — zu handeln. Die gewollten Lücken spielen im Völkerrecht eine entscheidende Rolle; sie sind meist mit dem Grundsatz der Effektivität verknüpft und finden in ihm ihre notwendige Richtschnur und Schranke. Von einer solchen gewollten Lücke kann aber dort nicht die Rede sein,

wo es darum geht, festzustellen, ob in einer bestimmten Lage überhaupt ein Rechtsunterworfener noch existiert. Es scheint jedenfalls undenkbar, daß eine Rechtsordnung diese Frage dem Gutdünken des einen Rechtsunterworfenen anheimstellt, um dessen Existenz es sich handelt.

Ich fasse zusammen: Die Frage nach der Rechtslage Deutschlands nach 1945 ist rechtlich lösbar — und zwar lösbar nicht nur im Sinn einer internen Sprachregelung für den Bereich, in dem der Wille eines Staats, also etwa der Bundesrepublik, sich durchzusetzen vermag, sondern lösbar auch im Rahmen des für alle Staaten geltenden Völkerrechts.

III.

Ich brauche Ihnen, meine Herren Kollegen, nicht die einzelnen Thesen erläutern, die die Doktrin der letzten fünf Jahre aufgestellt hat, um die aufgeworfene Frage rechtlich zu lösen: die Lehre vom Untergang des Deutschen Reiches durch debellatio bzw. durch Wegfall der Staatsgewalt dieses Reiches einerseits und die verschiedenen Abwandlungen der Kontinuitätstheorie, der Lehre vom Fortbestand des alten Deutschen Reichs nach 1945 andererseits. All diese Thesen sind Ihnen zur Genüge bekannt.

All diese Thesen, in so schroffem Gegensatz zueinander sie stehen, ist jedenfalls eines gemeinsam:

All ihre jeweiligen Vertreter berufen sich zur Begründung ihrer Auffassung auf sorgsame Beobachtung der Staatenpraxis, während die gegenteiligen Auffassungen jeweils als allzu theoretisch und wirklichkeitsfremd abgetan werden — und all diese Thesen sind im Grunde nicht aus der bloßen Staatenpraxis heraus, sondern nur von dem rechtstheoretischen, ja rechtsphilosophischen Standpunkt her zu verstehen, von dem aus diese Staatenpraxis von den einzelnen Theoretikern betrachtet worden ist. Die Lehre etwa, daß das Deutsche Reich im Mai 1945 mit dem völligen Zusammenbruch der nationalsozialistischen Zwangsordnung auch als Staat untergegangen sei, ist im Grunde nur die notwendige Konsequenz der Staatslehre Hans Kelsens und jener Nawiaskys. Die jeweils besondere Begriffsbestimmung des Staates durch Hans Kelsen und Nawiasky läßt eine andere Deutung der Rechtslage Deutschlands nach dem Zusammenbruch der rechtlich-politischen Ordnung des Nationalsozialismus kaum noch zu.

Wenn man hingegen den Staat nicht bloß mit Kelsen als ein Normengerüst, sondern als den Inbegriff bestimmter Beziehungen zwischen bestimmten Menschen erfaßt — und ich gestehe, daß ich dazu neige, dies zu tun — wird man die Kontinuität eines Staates bejahen müssen, so lange ihrem Wesen nach gleiche Beziehungen — eben Beziehungen, die in ihrer Gesamtheit den Staat

ausmachen — die gleiche Gruppe von Menschen verbinden; mit anderen Worten: so lange Staatsgewalt und Staatsvolk fortbestehen. Eine noch so umfassende Änderung in der Person der Träger dieser Staatsgewalt und in der Normenordnung, in der sich diese Staatsgewalt äußert und jeweils in einer konkreten geschichtlichen Situation aktualisiert, berührt nach dieser Auffassung vom Wesen des Staats als eines Inbegriffs bestimmter menschlicher Beziehungen den Staat in seiner Existenz noch nicht. Man muß zwischen der Staatsgewalt als solcher und ihren geschichtlichen Erscheinungsformen streng unterscheiden. Die Staatsgewalt ist nicht identisch mit irgendeiner bestimmten politischen Organisation. Sie braucht eine solche Organisation, sie schafft sich diese Organisation, sie benutzt sie: Doch sie bleibt als ein und dieselbe Gewalt unabhängig von jeder noch so einschneidenden Veränderung der politischen Organisation, deren sie sich bedient, bestehen. Sie bleibt selbst dann bestehen, wenn ihr vorübergehend eine solche Organisation überhaupt nicht zur Verfügung steht, so lange nur das Staatsvolk, das — von der Staatsgewalt verbunden — Träger und Unterworfener dieser Gewalt ist, noch existiert und nicht desintegriert oder einem anderen Staatsvolk einverleibt ist.

Regelmäßig freilich findet die Staatsgewalt in Normsetzung und Normvollzug ihren geschichtlichen Ausdruck: Das alle bindende Gesetz des Staats, der Richter, der es im Namen des Staates in seinem Urteil durchsetzt, und das Organ, das es vollzieht und dabei den Staat handelnd vertritt, stellen jeder für sich zwar niemals die Staatsgewalt selbst, wohl aber eine Integrationsform dieser Staatsgewalt dar.

Der Staat als Inbegriff bestimmter menschlicher Beziehungen ist eine geschichtliche Realität. Es ist zwar Aufgabe des Rechts, die Beziehungen zu ordnen, deren Inbegriff wir als Staat bezeichnen; die Frage aber, ob solche Beziehungen bestehen und ob sie weiterbestehen, ist nicht ein Problem rechtlicher Normen, sondern die Frage nach einem geschichtlichen Tatbestand. So wenig die Rechtsordnung, wenn sie nicht ihre Zuflucht zu einer Fiktion nehmen will, den Tod eines Menschen als rechtens nicht eingetreten und den Toten als lebend im Sinn des Gesetzes erklären oder umgekehrt einen Lebenden als von Rechts wegen überhaupt nicht geboren erfassen kann, ebensowenig kann diese Rechtsordnung den Untergang eines Staates ignorieren, wenn er geschichtliche Tatsache ist, oder an der Entstehung eines neuen Staates auf die Dauer vorübergehen, sobald dieser Staat unbestritten geschichtlich existent ist.

Das Recht vernichtet und schafft nicht die Staaten. Es stellt lediglich die Tatsache des Untergangs oder der Entstehung eines Staats von Rechts wegen fest und knüpft an den festgestellten geschichtlichen Tatbestand bestimmte rechtliche Folgen.

Beides — förmliche Feststellung und der Eintritt rechtlicher Folgen — setzt den geschichtlichen Tatbestand voraus; liegt dieser nicht vor, bleibt nur der gefährliche Ausweg in die Fiktion, die an die Stelle der rechtlichen Feststellung einer geschichtlichen Tatsache tritt, um bestimmte rechtliche Folgen auch dann eintreten zu lassen, wenn die Tatsache, die ihre Voraussetzung sein soll, geschichtlich nicht gegeben ist. Ein gefährlicher Ausweg: Denn nur zu leicht vergißt man über der Fiktion die Realität.

Verzeihen Sie, meine Herren: Ich bin abgeschweift. Ich sprach von dem Zusammenhang, der zwischen der jeweiligen Auffassung vom Wesen des Staats und der Theorie über den Untergang oder Fortbestand eines konkreten Staates notwendig besteht. Ich konnte diesen Zusammenhang hier nur andeuten; um ihn im einzelnen und bei allen Thesen nachzuweisen, die sich mit der rechtlichen Stellung Deutschlands nach 1945 befassen, bedürfte es einen eigenen Referats. Im Rahmen dieses Berichts genügt die Feststellung, daß man vor jeder Antwort auf die Frage, ob Deutschland 1945 als Staat untergegangen ist, jedenfalls erst klären muß, was man unter Staat verstanden wissen will.

IV.

Muß so am Anfang jeder Untersuchung über die Rechtsstellung Deutschlands nach 1945 notwendig die Theorie stehen, so darf sich doch eine solche Untersuchung keinesfalls nur von allgemeinen theoretischen Anschauungen bestimmen lassen. Ich darf noch einmal Ulrich Scheuner zitieren, der betont hat, daß gerade bei der rechtlichen Formung neuartiger Situationen, wie sie heute in Deutschland vorliegen, der staatlichen Praxis eine besondere rechtsgestaltende Kraft zukommt: Den allgemeinen rechtlichen Überlegungen muß daher die sorgsame Beachtung der Staatenpraxis folgen.

In den ersten vier Monaten des Jahres 1945 brachen die Armeen unserer Gegner, deren erklärtes Kriegsziel nicht nur — wie 1918 — war, das Deutsche Reich militärisch, politisch und wirtschaftlich zu besiegen und seine Staatsform zu ändern, sondern die darüber hinaus sich die „endgültige Vernichtung der nationalsozialistischen Tyrannei" und die Umerziehung des deutschen Vokes zum Ziel gesetzt hatten, von West und Ost in Deutschland ein; Anfang Mai 1945 war die militärische Besetzung Deutschlands fast vollendet. Es handelte sich dabei zunächst jedenfalls um eine occupatio bellica im Sinn des Völkerrechts; die Frage, ob für diese occupatio bellica die Regeln der Haager Landkriegsordnung Geltung hatten oder ob etwa die Allbeteiligungsklausel in der Haager Landkriegsordnung eine solche Geltung ausschloß, steht hier nicht zur Diskussion. Es war noch kein Verstoß gegen die Haager Land-

kriegsordnung, wenn die Besatzungsstaaten — jeder in seinem Machtbereich — die oberste Gewalt im Hinblick auf Deutschland übernahmen: Die Haager Landkriegsordnung selbst spricht von dem tatsächlichen Übergang der gesetzmäßigen Gewalt in dem besetzten Gebiet auf den Okkupanten.

Aus dieser Übernahme der höchsten Gewalt im Hinblick auf Deutschland durch die Alliierten — eine Übernahme, die keineswegs erst durch die Proklamation vom 5. 6. 1945 erfolgt ist, sondern die mit dieser Proklamation nur ihre Vollendung findet — aus solcher Übernahme, sagte ich, kann der Untergang des deutschen Staats nicht abgeleitet werden: Eine Debellatio hätte nur dann vorgelegen, wenn der vollkommenen Okkupation die vollkommene Annexion gefolgt wäre.

Die Alliierten hatten zu keinem Zeitpunkt der Besetzung Deutschlands den für eine solche Debellatio notwendigen animus sibi habendi. Auch nach der Übernahme der obersten Gewalt im Hinblick auf Deutschland durch die Alliierten bestand die deutsche Staatsgewalt — als deutsche, und nicht als alliierte Staatsgewalt — weiter. Man darf Staatsgewalt und Staatsführung nicht miteinander verwechseln. Nur die Führung verschwand im Mai 1945. Die überwiegende Masse der bisherigen deutschen Gesetze galten als deutsche staatliche Normen kraft ihrer einstigen Setzung, nicht kraft einer Rezeption durch die Alliierten und nicht auf Grund einer Transformation in Besatzungsrecht oder in Recht einzelner Länder weiter; soweit Richter — die in der letzten Instanz der britischen Besatzungszone, dem Kölner Obergericht, übrigens sehr bald nicht als Richter eines Landes, sondern als deutsche Richter erschienen — diese Normen anwandten, aber auch soweit sonstige Organe deutscher Länder oder anderer Gebietskörperschaften sie durchsetzten und vollzogen, wurde in der Herrschaftsgewalt dieser Gebietskörperschaften stets auch deutsche Staatsgewalt ausgeübt.

Auf der untersten Stufe blieb diese Staatsgewalt in jedem Augenblick des Zusammenbruchs aktualisiert. Ich erinnere nur an den generellen Befehl der Alliierten, der alle Beamten verpflichtete, bis auf weiteres auf ihrem Posten zu verbleiben; von den Alliierten neu eingesetzte Beamte wurden, — auch wenn sie den Befehlen und Anordnungen der Besatzungsmacht unterworfen waren — als deutsche Amtsträger, die deutsche Staatsgewalt ausübten, nicht als alliierte Beamte ernannt. Die später auf dem Gebiet des früheren Preußen von den Besatzungsmächten geschaffenen neuen Länder erschienen von Anfang an nicht als selbständige Staaten, sondern als Glieder eines noch bestehenden Deutschland, als große Selbstverwaltungskörper im Rahmen eines deutschen Staats. Wohl war mit Hitlers Selbstmord oder vielleicht erst mit der Verhaftung des Großadmirals Dönitz die führende

Spitze der deutschen Staatsgewalt verschwunden; wohl waren alle früheren deutschen Reichsbehörden aufgelöst oder in Landesbehörden verwandelt; doch in den Organen der Länder, die sich als deutsche Gliedstaaten bekannten, lebte die deutsche Staatsgewalt weiter.

In diesen Organen blieb Deutschland im Innern, auf der Ebene des Staatsrechts handlungsfähig — auch nachdem die in den Potsdamer Beschlüssen vorgesehenen „von Staatssekretären geleiteten deutschen Verwaltungsämter" nicht geschaffen wurden.

V.

Mit der deutschen Staatsgewalt bestand auch das deutsche Staatsvolk über den 8. 5. 1945 hinaus als rechtliche Einheit weiter; es gab keinen Augenblick seit dem Zusammenbruch im Frühjahr 1945, in dem es nicht kraft Rechtens deutsche Staatsangehörige gegeben hätte — und zwar deutsche Staatsangehörige nicht nur nach innerdeutschem Recht, sondern auch nach Völkerrecht:In der Diskriminierung dieser deutschen Staatsangehörigen haben die Siegermächte mittelbar den Fortbestand des deutschen Staatsvolks anerkannt. Nie war von „früheren deutschen Staatsangehörigen", etwa im gleichen Sinn wie von den Angehörigen der „ehemaligen Wehrmacht", die Rede. Erst viel später kam die französische Staatspraxis darauf, den Fortbestand auch der deutschen Staatsangehörigkeit in bestimmten Fällen zu leugnen.

Ich darf hier ein Wort über den Zusammenhang von Staat und Volk einflechten — oder vielmehr über den Zusammenhang von Staat und Nation als der bewußten, gefühlten, erlebten, gewollten und bekannten Einheit im Volk. Wie der Staat, so ist auch die Nation im Grunde ein Inbegriff bestimmter Beziehungen zwischen bestimmten Menschen. Die Menschen, die dabei im Wandel der Generationen hier vom Staat und dort von der Nation erfaßt werden, sind im Kern dieselben; auch der wesentliche Sachgehalt dieser Beziehungen ist — wenigstens in einem inneren Kern — hier wie dort der gleiche. Der Unterschied zwischen Staat und Nation — beide als Inbegriff menschlicher Beziehungen erfaßt — liegt darin, daß beim Staat von Menschen gewillkürte Beziehungen im Vordergrund stehen, Beziehungen, die ihren Ursprung menschlichem Willensakten verdanken, die in ihrer Existenz von menschlichen Wollen abhängig sind und die der Mensch durch einen Willensakt wieder aufheben, von denen er sich lösen, aus denen er austreten kann, während die Beziehungen, deren Inbegriff die Nation ist, den Menschen aufgegeben, das heißt Beziehungen sind, die sich dem Menschen ohne seinen Willen auferlegen, von deren Existenz der Mensch in seinem Wollen abhängig ist, und gegen die der Mensch zwar in seinen Willensakten zuwiderhandeln, die er

verleugnen und verraten, von denen er sich aber niemals lösen kann. Es gibt keine Flucht, die ihn von den Banden dieser Beziehungen befreit.

Es ist eine merkwürdige Tatsache, daß — von welchen Beziehungen immer wir sprechen — der Mensch danach strebt, die ihm aufgegebenen Beziehungen dadurch seinem Willen zu unterwerfen, daß er sie in gewillkürten Beziehungen nachvollzieht: Da er sie nicht aus der Welt schaffen und nicht durch gewillkürte Beziehungen ersetzen kann, sucht er sie wenigstens durch solche gewillkürte Beziehungen zu überdecken. Umgekehrt stellen wir immer wieder fest, daß jede gewillkürte Beziehung, wenn sie genügend lange dauert und genügend Intensität erlangt hat, notwendig eine aufgegebene Beziehung nach sich zieht, die nicht mehr menschlichem Wollen unterworfen ist. Die gewillkürte Beziehung wird zur Entstehungsursache einer aufgegebenen.

Diese allgemeinen Feststellungen finden ihre Bestätigung in dem Verhältnis von Staat und Nation. Durch den staatlichen Zusammenhang und den dadurch gegebenen gleichen Lebensstil, durch das gleiche geschichtliche Erleben in einem Staat und das dadurch bedingte gleiche Denken entsteht — auch ohne gemeinsame Abstammung und gemeinsame Sprache — im Lauf der Jahrhunderte eine Nation: Das Schweizervolk etwa ist heute eine solche bewußte und erlebte, gewollte und bekannte Einheit mit einem ungeheuer starken Nationalgefühl. Jeder Staat steht letztlich vor der Aufgabe, seine Bevölkerung, wieviel Sprachen sie auch spricht, zur Nation zu integrieren; löst er diese Aufgabe nicht, gibt er sich auch als Staat auf. Umgekehrt steht jede Nation vor der Wahl, sich ihren Staat zu schaffen — oder sich im Lauf der Zeit auch als Nation aufzugeben. Daraus folgt aber, daß jede geschichtlich gewordene Nation ein Recht auf ihren Staat hat. Das Wort von der einen Nation in zwei Staaten, das Ignaz Seipel einmal sprach, zeigt nur einen Ausweg für eine Zeit des Übergangs, keine endgültige geschichtliche Lösung: so lang eine Nation als Einheit existiert, hat sie ein sittliches Recht auch auf staatliche Einheit — und eine sittliche Pflicht, für diese Einheit zu kämpfen.

VI.

Ich darf von der Theorie wieder zurück zur Praxis kommen. Die Siegermächte hatten mit der Besetzung Deutschlands kraft Kriegsrechts die oberste Gewalt im Hinblick auf dieses besetzte Land übernommen; sie behielten diese oberste Gewalt nach Beendigung der Kampfhandlungen, um durch diese Besetzung die Erreichung ihres Kriegszieles zu gewährleisten — an erster Stelle die Vernichtung des nationalsozialistischen Geistes und die Umerziehung des deutschen Volkes zur Demokratie, so wie die Sieger

sie jeweils verstanden. Die fortgeführte Okkupation war zwar keine Annexion, wohl aber, wie Zinn es glänzend formuliert hat, eine politische Intervention, die in ihrer Wirkung einer Revolution gleichkam. Um die zur Erreichung ihrer Ziele notwendigen Maßnahmen zu koordinieren, schufen die vier Besatzungsstaaten im Zusammenwirken den Kontrollrat als ein völkerrechtliches Staatengemeinschaftsorgan und zwar in erster Linie als Verwaltungsorgan, durch das sie in bezug auf ganz Deutschland im Zusammenwirken jene oberste Gewalt ausüben wollten, die in bezug auf die einzelnen Zonen jeweils der einzelnen Besatzungsmacht zustand.

Dieser Kontrollrat war zunächst ein echtes Okkupationsorgan, wie es bei einer occupatio bellica vom Okkupanten regelmäßig geschaffen wird. Durch ein solches Organ übt der Okkupant — hier mehrere Staaten im Zusammenwirken — die gesetzmäßige Gewalt aus, die nach der nicht sehr glücklichen Formulierung der Haager Landkriegsordnung faktisch auf ihn übergeht; durch dieses Organ erfüllt der Okkupant anderseits auch seine völkerrechtliche Verpflichtung, alle Vorkehrungen zu treffen, um nach Möglichkeit die öffentliche Ordnung und das öffentliche Leben im Okkupationsgebiet wiederherzustellen und aufrechtzuerhalten. Die Staatsgewalt, die der Okkupant durch ein solches Organ ausübt, ist nicht die Staatsgewalt des okkupierten Staats, die ja weiter bestehen bleibt, sondern seine, des Okkupanten, eigene Staatsgewalt auf fremdem Gebiet, die er der fremden Staatsgewalt, das heißt der Staatsgewalt des okkupierten Staats, vorschaltet und überordnet. Die Tätigkeit eines solchen Okkupationsorgans, also auch des Kontrollrats, soweit er als echtes Okkupationsorgan handelte, ist durch die allgemeinvölkerrechtlichen Regeln über die occupatio bellica rechtlich begründet — und rechtlich begrenzt.

Der Kontrollrat trat freilich von Anfang an nicht nur als ein solches echtes Okkupationsorgan auf, sondern übernahm — weit über die in einem solchen Organ vom Völkerrecht gesteckten Grenzen hinausgehend — zunächst alle Funktionen der tatsächlich fehlenden Spitze der deutschen Staatsgewalt. Die Besatzungsmächte traten gewissermaßen geschäftsführend für diese fehlende Spitze ein und benutzten als Organ dieser Geschäftsführung im Hinblick auf Deutschland, das heißt im gesamtdeutschen Rahmen, den Kontrollrat. In dieser Tätigkeit waren die Besatzungsmächte und der Kontrollrat zwar nicht durch die Regeln des Völkerrechts über die occupatio bellica beschränkt, wohl aber durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze; und diese allgemeinen Rechtsgrundsätze verlangten, daß diese nicht durch die bloße occupatio bellica gerechtfertigte Tätigkeit im Interesse des besetzten Staats ausgeübt werde — während für die Tätigkeit

im Rahmen der occupatio bellica das Interesse des Okkupanten maßgebend ist. Diese Zwiespältigkeit im Status — einerseits occupatio bellica, anderseits eine weit darüber hinausgehende Geschäftsführung für und in Deutschland — erklärt zum Teil die Zwiespältigkeit mancher Besatzungshandlungen und Besatzungsnormen, die den Eindruck erweckten, als habe hier die linke Hand nicht gewußt, was die rechte getan.

Deutschland war nach dem Zusammenbruch 1945 als Staat bestehen geblieben. Doch dieser Staat war besetzt und hatte kein eigenes Führungsorgan mehr, keine eigene staatliche Spitze — und deshalb hatte er im Verkehr mit anderen Staaten, auf der Ebene des Völkerrechts seine Handlungsfähigkeit zunächst völlig eingebüßt. Er war noch Staat, er war aber nicht mehr souverän. Deutschland war völkerrechtlich unter eine Art Vormundschaft gestellt worden; die Besatzungsmächte im Zusammenwirken (nicht etwa der Kontrollrat, der nur Organ dieser Besatzungsmächte war) fungierten als Vormund. Zwischen die innerdeutsche Rechtsordnung und die Völkerrechtsordnung schob sich — die deutsche Rechtsordnung mediatisierend — das Besatzungsrecht. Besatzungsrecht war und ist nicht deutsches Recht — es kann höchstens ausdrücklich oder stillschweigend in deutsches Recht rezipiert werden.

Mit der völkerrechtlichen Handlungsfähigkeit hatte Deutschland jedoch nicht seine völkerrechtliche Rechtsfähigkeit verloren; es konnte nur zunächst die Rechte, die ihm das Völkerrecht auch weiterhin gewährte, nicht mehr selbst innerhalb der Völkerrechtsgemeinschaft geltend machen. Es ist das Verdienst Erich Kaufmanns, in der Verwirrung der Begriffe nach 1945 zum ersten Male klar zwischen der unangetasteten völkerrechtlichen Rechtsfähigkeit und der ruhenden völkerrechtlichen Handlungsfähigkeit Deutschlands klar unterschieden zu haben.

Ich habe bisher bewußt nicht von der Kapitulation des 8. 5. 1945 und von den Potsdamer Erklärungen vom 5. 6. 1945 gesprochen: beide hatten keinen unmittelbaren Einfluß auf die Rechtsstellung Deutschlands. Die Kapitulation war ein reiner Kriegsvertrag mit Wirkung nur für die kapitulierende Wehrmacht und nur für die Dauer des Krieges, in dem diese Wehrmacht kapitulierte; die Potsdamer Deklarationen waren zwar politisch sehr bedeutsame, rechtlich jedoch weithin unverbindliche gemeinsame Erklärungen mehrerer Staaten über gemeinsame politische Ziele — Richtlinien, nicht Normen, um ein Wort Churchills zu gebrauchen. Lediglich einzelne Abmachungen über die Durchführung dieser Ziele haben Vertragscharakter; aber auch diese echten Verträge stehen unter dem Vorbehalt der Aufrechterhaltung der gemeinsamen Ziele. Für Deutschland, das nur Objekt dieser Erklärungen und dieser Verträge war, waren die einen wie die anderen res inter alios actae.

VII.

Bis zum Juni 1948 waren sich die Siegermächte — vielleicht abgesehen von Frankreich — darüber einig, daß Deutschland als Staat die Katastrophe von 1945 überlebt hatte. Dann kam der verhängnisvolle 20. 6. 1948. Mit ihm beginnt das Problem der Rechtsstellung Deutschlands ein Problem der Existenz Deutschlands zu werden. Dieser 20. 6. 1948, nicht der 8. 5. 1945, bedeutet verfassungsgeschichtlich die entscheidende Zäsur. Der 8. 5. 1945 war ein Ende; der 20. 6. 1948 war Anfang — Anfang einer Entwicklung, von der wir heute noch nicht wissen, wohin sie führt. Damals begann das deutsche Wunder — es begann aber auch die deutsche Not.

Der Kontrollrat war auseinandergefallen. Die drei westlichen Besatzungsmächte gaben unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, daß die höchste Gewalt hinsichtlich Deutschland bei ihnen verbleibe, Anregung und Erlaubnis zur Schaffung einer gemeinsamen Verfassung für das Gebiet ihrer drei Zonen — und damit zur Bildung eines deutschen Staates, der nur diese drei Zonen umfaßte. Nicht nur die sowjetische Besatzungszone, sondern auch Berlin und das Saarland sollten nach dem Willen der Besatzungsmächte nicht im Geltungsbereich der neugeschaffenen Verfassung liegen. Fast gleichzeitig wurde in der sowjetischen Besatzungszone eine andere deutsche Verfassung verkündet, deren faktischer Geltungsbereich nur diese Zone war: damit wurde jedenfalls faktisch, wenn auch unserer Auffassung nach nicht legitim, neben der Bundesrepublik ein zweites staatliches Gebilde, die sog. DDR, geschaffen.

Deutschland war gespalten. Die deutsche Frage war nicht mehr ein Problem des Fortbestandes der deutschen Staatsgewalt „nach 1945", — sie war zur Frage nach dem Fortbestand des e i n e n deutschen Staates nach 1948/49 geworden: Zur Frage nach der äußeren Erscheinung, dem Träger und dem Wesen der Staatsgewalt dieses einen Gesamtstaats.

Man könnte zunächst behaupten, daß Deutschland als Staat zwar den 8. 5. 1945 überlebt habe, aber nach drei Jahren der Agonie in den Jahren 1948 und 1949 durch dismembratio endgültig untergegangen sei: Die Bundesrepublik und die DDR erschienen dann als gleichberechtigte Nachfolgerstaaten des dismembrierten Deutschland. Ich habe diese Auffassung in der Theorie noch kaum ernsthaft vertreten gefunden; gegen sie sprächen jedenfalls die gleichen Argumente, die gegen die These von der debellatio 1945 angeführt werden können — Fortbestand des einheitlichen deutschen Staatsvolkes, Fortdauer einer Staatsgewalt, die sich als deutsch bezeichnet und bekennt; gegen eine solche Auffassung spräche darüber hinaus vor allem der Wille des deutschen Volkes zur staatlichen Einheit diesseits und jenseits des Eisernen Vor-

hangs und das Bewußtsein dieses Volkes, ein Volk — Volk eines Staates und mit dem Recht auf diesen einen Staat — zu sein.

Der Untergang eines Staates vollzieht sich meist nicht von einer Stunde zur anderen. Wie man zwischen der begonnenen und der vollendeten Annexion unterscheiden muß — wie zwischen dem Beginn und der Vollendung einer Annexion oft Jahrzehnte liegen und wie es Annexionen gibt, die nie vollendet werden, weil, um einen Ausdruck Charles de Visschers zu gebrauchen, der Effektivität der Herrschaftsausübung des annektierenden Staates die Effektivität des Widerstandes der Bevölkerung des annektierten Staates entgegensteht, — so muß man m. E. auch zwischen der begonnenen und der vollendeten dismembratio unterscheiden. Auch eine dismembratio ist, ähnlich der Annexion, erst dann vollendet, wenn sie „unbestritten, ungestört und ununterbrochen" — das heißt von Dauer — ist.

VIII.

Lehnt man die These von der dismembratio Deutschlands 1948 ab und behauptet man den Fortbestand eines deutschen Gesamtstaates auch nach 1948/49, so stellt sich die „deutsche Frage" als Frage dar, ob und inwiefern die Bundesrepublik oder die DDR eine fortbestehende deutsche Staatsgewalt von Rechts wegen ausübe und repräsentiere. Es ist dies gleichzeitig die Frage nach dem leitenden Gedanken der rechtlichen Grundordnung eines fortbestehenden deutschen Gesamtstaates. Eine solche machtverteilende Grundordnung ist notwendig in jedem Staat vorhanden, wie immer er beschaffen sein mag: Denn wenn der Staat auch nicht mit seiner rechtlichen Ordnung gleichgesetzt werden kann und sich in ihr nicht erschöpft, so bedeutet das Bestehen eines Staates doch jedenfalls auch das Bestehen einer solchen Ordnung, in der er erscheint und in der er sich verwirklicht. Es gibt keinen Staat ohne rechtliche Grundordnung — mag diese in einem Verfassungsgesetz festgelegt sein oder nicht.

Wenn man also den Fortbestand eines deutschen Gesamtstaates nach 1948/49 bejaht, muß man auch die Existenz einer solchen machtverteilenden Ordnung wenigstens in ihren Grundzügen behaupten — und man muß als Jurist nach dem Inhalt und dem Wesen dieser Grundordnung forschen.

Theoretisch sind, wie Theodor Maunz als erster klar herausstellt, seit 1949 zwei Lösungen dieser Frage nach der Stellung der Bundesrepublik und der DDR in und zu Deutschland denkbar. Man kann zunächst annehmen, daß Deutschland im Zustand eines latenten, kalten Bürgerkrieges lebe, in dem zwei politische Ordnungen jede für sich behaupten, allein die Verfassungsordnung Deutschlands zu sein, und in dem zwei rivalisierende, aber terri-

torial begrenzte Regierungen jede für sich allein beanspruchen, Deutschland rechtlich zu repräsentieren. Dies war von Anfang an die offizielle These der DDR. Ihre Verfassung fordert nach ihrem Wortlaut schon heute in ganz Deutschland Geltung; die Bundesrepublik ist im Grunde für sie nur hochverräterische Separation. Mit umgekehrtem Vorzeichen wurde diese These vom kalten Bürgerkrieg — die sog. Identitätstheorie — allmählich auch zur offiziellen Auffassung der politischen Führung der Bundesrepublik: Das Grundgesetz gelte im Grunde auch für jene Deutschen, denen an dieser Verfassung mitzuwirken versagt war. Die eingehendste und überzeugendste Begründung der Identitätstheorie findet sich bei Herbert Krüger und bei Ulrich Scheuner, die einen Zustand der doppelten Repräsentation Deutschlands durch zwei rivalisierende, aber territorial begrenzte Regierungen annehmen, den Scheuner vergleichen zu können glaubt mit der seinerzeitigen Lage in Spanien, wo die sozialistische und die Franco-Regierung, in Frankreich, wo die Regierungen Pétains und de Gaulles und in China, wo die kommunistische und Tschiankaischeks Regierung einander gegenüberstanden bzw. -stehen. Kennzeichnend ist, daß Scheuner, der das Wort Bürgerkrieg ängstlich vermeidet, drei Fälle heißen Bürgerkriegs zur Stützung seiner These heranzieht; kennzeichnend auch, daß er von zwei rivalisierenden Regierungen spricht, statt von zwei politischen Normenordnungen, die beide beanspruchen, Deutschlands Verfassung zu sein. Eine ganze Reihe von Äußerungen der westlichen Alliierten scheinen darauf hinzudeuten, daß auch sie die Identitätstheorie zu ihrer Auffassung gemacht haben. Friedrich Klein hat in der 2. Auflage des Mangoldtschen Kommentars zum Grundgesetz eingehend die drei Möglichkeiten, die die Identitätslehre bietet, — die Kernstaatsthese, die These von der partiellen Identität und die Unterscheidung zwischen Bundesrepublik und Geltungsbereich des Grundgesetzes — dargestellt und in überzeugender Weise die Einwände vorgebracht, die vor allem gegen die Theorie von Scheuner erhoben werden können: Ich darf — um die mir gesetzte Redezeit nicht zu überschreiten — hier auf die Ausführungen von Klein, denen ich mich weitestgehend anschließe, verweisen.

Ich darf nur zwei Gedanken besonders hervorheben: Zunächst darf ich auf die völkerrechtlichen Konsequenzen dieser staatsrechtlichen Konstruktion wenigstens im Vorübergehen aufmerksam machen: etwa auf die notwendige bindende Wirkung von Verträgen, die die als einzige „legale" Regierung des Gesamtstaates anerkannte Regierung mit fremden Mächten abschließt, für den Gesamtstaat — oder auf das Problem der völkerrechtlichen Haftung für Handlungen der „separatistischen", „illegalen" lokalen de-facto-Regierung seitens des Gesamtstaates und

seiner „legalen" Regierung dritten Mächten gegenüber. Man kann das staatsrechtliche Problem Deutschland nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Staatsrechts betrachten, ohne die Frage des völkerrechtlichen Status zu berücksichtigen, die dadurch aufgeworfen wird.

Und ein Zweites: Auf dem Boden der Identitätslehre läßt sich nur schwer und nur in gekünstelter Konstruktion die Tatsache deuten, daß das Machtwort der Alliierten neben den beiden rivalisierenden Regierungen in Deutschland zwei weitere Staatsfragmente, wenn auch beide nur als Provisorien, geschaffen hat, die beide zweifellos zu Gesamtdeutschland gehören, aber weder von der Bundesrepublik noch von der DDR her regiert werden können: Berlin und das Saarland.

IX.

Das Problem Berlins und des Saarlandes macht in der anderen denkbaren Lösung der deutschen Frage keine Schwierigkeit. Diese zweite Lösung nimmt heute in Deutschland die Existenz von zwei — oder wenn Sie wollen von vier — provisorischen Teilordnungen an, die zusammen Deutschland bilden — ein Deutschland, das als Staat existiert und rechtsfähig ist, wenn es auch zur Zeit nicht durch besondere gesamtdeutsche Organe handelt. An Stelle dieser fehlenden gesamtdeutschen Organe erscheint in dieser Konstruktion der Gesamtstaat treuhänderisch durch die eine Teilordnung vertreten, die allein für sich beanspruchen kann, legitime und demokratische Regierung in Deutschland zu sein. Die rechtliche Grundlage dieser Vertretung im Rahmen einer in den Grundzügen notwendig vorhandenen, wenn auch nicht in einem Verfassungsgesetz niedergelegten Ordnung des fortbestehenden deutschen Gesamtstaates — nicht im Rahmen der Völkerrechtsordnung — wäre dabei in einer Art staatsrechtlicher „Geschäftsführung ohne Auftrag" zu suchen, die den vermuteten Willen des am Handeln verhinderten Gesamtvolkes vollzieht.

Das Grundgesetz scheint diese zweite These zu stützen; es bezeichnet nicht nur die von ihm geschaffene politische Ordnung an verschiedenen Stellen selbst als provisorisch, sondern es unterscheidet auch klar zwischen seinem vorläufigen Geltungsbereich, d. h. dem Gebiet der Bundesrepublik, und Deutschland. Wenn es vom deutschen Volk spricht, meint es nicht nur die Bevölkerung der Bundesrepublik; deutsche Staatsangehörigkeit im Sinn des Grundgesetzes ist nicht nur eine denkbare Bundesangehörigkeit oder die Landesangehörigkeit zu einem Bundesland, sondern offenbar die Angehörigkeit zu einem weiterreichenden Gesamtstaat, der auch Berlin, die Sowjetzone, die Gebiete unter polnischer Verwaltung und das Saarland umfaßt. Die Bundesrepublik er-

scheint als ein staatliches Gebilde, das keine nur ihm zugehörigen Staatsangehörigen hat. Ebensowenig gibt es nach dieser Lehre Angehörige der DDR, Berlins oder des Saarlandes, die nicht auch gleichzeitig deutsche Staatsangehörige wären. Denn wer zur Teilordnung gehört, gehört immer auch zum Gesamtstaat.

Die These, die die Bundesrepublik und die DDR als eigenständige Teilordnungen im gesamtdeutschen Rahmen erfaßt, fand, kaum daß sie zum erstenmal entwickelt war, im Osten und im Westen heftigen Widerspruch. Die Bundesrepublik, so wird im Westen eingewandt, sei völkerrechtlich handlungsfähig — dies sei aber mit dem Status einer bloßen Teilordnung nicht zu vereinen; sie sei zudem von den Westmächten nicht als Teilordnung, als Staat in Deutschland, sondern als Deutschland schlechthin anerkannt und spreche völkerrechtlich für ganz Deutschland. Dieser Einwand überzeugt nicht ganz: die völkerrechtliche Handlungsfähigkeit wird dadurch nicht notwendig aufgehoben, daß ein Staat als Teilordnung einer Staatenverbindung, die Deutschland seit jeher war, erfaßt wird, sondern sie wird nur durch die höhere Ordnung in bestimmter Hinsicht beschränkt; eine Teilordnung kann außerdem auch treuhänderisch als Organ des Gesamtstaats und für den Gesamtstaat völkerrechtlich handelnd auftreten — und sie wird regelmäßig den Gesamtstaat vertreten, wenn dieser Gesamtstaat kein anderes völkerrechtlich anerkanntes Organ besitzt, durch das er handeln könnte. Es ist dies letztlich eine Frage der zwischenstaatlichen Anerkennung eines innerstaatlichen Organs.

In einem solchen Fall, in dem der Teil für die Geamtheit treuhänderisch handelnd auftritt, wird man freilich klar zwischen dem völkerrechtlichen Handeln der Teilordnung für sich, qua eigenständiges Völkerrechtssubjekt, und seinem treuhänderischen Handeln für den Gesamtstaat, qua Repräsentant und Organ eines anderen Völkerrechtssubjekts unterscheiden müssen. Auch dort, wo die provisorische Teilordnung nicht nur für sich selbst handelt, sondern für den Gesamtstaat treuhänderisch handelnd eintritt, ist ihre Handlungsfähigkeit notwendig beschränkt. Sie kann die Rechte des Gesamtstaats handelnd wahren, sie kann bestehende Verpflichtungen für ihn anerkennen und erfüllen; sie kann aber nicht mit Wirkung für den Gesamtstaat auf Rechte, die nur dem Gesamtstaat zustehen, verzichten, nicht neue Verpflichtungen mit Wirkung für ihn übernehmen. Denn auch dann, wenn sie als einzige Repräsentantin des Gesamtstaates völkerrechtlich anerkannt ist, bleibt sie im Hinblick auf den Gesamtstaat Teilordnung. Für den Westen ist jedenfalls die Bundesrepublik diese Repräsentantin Gesamtdeutschlands; dabei wird oft, wie Erich Kaufmann betont hat, der eigenstaatliche Charakter der Bundesrepublik hinter ihrer Funktion zurückstehen müssen, Gesamtdeutschlands Vertreter — nicht selbst Gesamtdeutschland — zu sein.

X.

Ich habe versucht, Ihnen in Kürze die möglichen Lösungen der deutschen Frage nach 1948 zu entwickeln. Als Jurist wage ich es nicht, mich heute schon endgültig für eine dieser Lösungen zu entscheiden.

Während sich das Problem der Kontinuität Deutschlands nach 1945 rechtlich heute an Hand des geschichtlichen Faktums gefällter politischer Entscheidungen lösen läßt, liegen in der Frage des Fortbestand Deutschlands nach 1948/49 und der Stellung der Bundesrepublik im weiterbestehenden Deutschland die eigentlichen politischen Entscheidungen, auf denen allein der Jurist aufbauen kann, noch vor uns. Noch sind hier die Dinge im Fluß: solange sie im Fluß sind, hat das letzte Wort nicht der Jurist de lege lata, sondern der Politiker de lege ferenda. Es geht dann darum, was im Rahmen des rechtlich Möglichen politisch zweckmäßig ist. Auch für diese Frage gilt, was Hans Kelsen in anderem Zusammenhang von Verfassung und Verfassungswirklichkeit gesagt hat: eine verfassungsrechtliche Situation „erlaubt sehr oft nicht nur eine, sondern zwei, ja manchmal noch mehr einander widersprechende Interpretationen. Aufgabe des Wissenschaftlers ist es, die möglichen Auslegungen herauszuarbeiten, nicht aber, eine von ihnen auszuwählen und ihr den Vorzug zu geben: ... Jede Entscheidung zwischen zwei rechtlich möglichen Interpretationen fußt auf einem politischen Werturteil", das zu fällen nicht Aufgabe des Wissenschaftlers ist. „Solche objektive Untersuchungsmethode hindert den Wissenschaftler nicht, für sich selbst, von seinem politischen Standpunkt her, eine Interpretation allen anderen vorzuziehen. Indes ist eine solche Entscheidung von recht geringem Wert, wenn ein Verfassungsorgan, dem die Auslegung von Rechts wegen zusteht, sich für eine andere Interpretation als der Wissenschaftler entscheidet und der Wissenschaftler zugeben muß, daß diese Auslegung juristisch ebenso möglich ist, wie die, die er bevorzugt."

Wenn man den Fortbestand eines deutschen Gesamtstaates nach 1948/49 bejaht, sind die beiden Thesen, die ich genannt habe, sowohl die der Identitätstheorie als auch die der Teilordnungstheorie, heute rechtlich in gleicher Weise vertretbar, wenn auch m. A. die Teilordnungstheorie dem tatsächlichen Zustand der letzten Jahre — von 1949 bis 1953 — weit eher gerecht wird als die Identitätstheorie. Heute bieten sich beide Thesen jedenfalls dem Politiker an: sie bieten sich aber beide dem Politiker — auch das müssen wir ganz klar sehen — nur als Übergangslösungen, als mögliche rechtliche Deutungen eines vorübergehenden außergewöhnlichen Zustandes, als bloße Ausgangspunkte für das Neue, das kommen soll, an. Beide Thesen bergen deshalb, vom Poli-

tischen her gesehen, große Gefahren in sich; beide können vom Politiker in endgültige Lösungen verfälscht werden — was Gott verhüten wolle; denn dann könnten sie in der rechtlichen Verewigung des politischen Gegensatzes zwischen Bundesrepublik und DDR Ausgangspunkt einer zweiten Teilung Deutschlands werden, nachdem die Mitte des vergangenen Jahrhunderts in der rechtlichen Verewigung des politischen Gegensatzes zwischen Preußen und Österreich uns schon die erste Teilung Deutschlands gebracht hat ... Die endgültige rechtliche Lösung kann nur vollendete Teilung oder endgültige Wiedervereinigung heißen.

Ich bin am Ende. Ich habe versucht, nur als Jurist zu Ihnen zu sprechen und alle anderen Erwägungen auszuschalten. Ich fürchte rückschauend, daß mir dies nicht ganz gelungen ist. Ich gestehe es offen: es ist mir nicht möglich gewesen, bei der Antwort auf die große Schicksalsfrage Deutschlands nur den juristischen Sachverstand sprechen zu lassen. In dieser Frage spricht bei mir — und ich glaube bei uns allen — ob wir es wahrhaben wollen oder nicht, stets auch das Herz mit; und diese Stimme des Herzens, die bei einer noch so sachlichen Behandlung dieser Frage immer mitklingt, findet ihren Ausdruck nicht in irgendeiner Identitäts- oder Teilordnungslehre, sondern am besten wohl in dem einen kurzen Wort, mit dem Klaus Stauffenberg starb: „Ich glaube an das ewige Deutschland!"

Leitsätze des Berichterstatters über:

Der Deutsche Staat im Jahre 1945 und seither

A.

1. *Die Frage, ob Deutschland als Staat nach dem 8. 5. 1945 weiterbestanden hat, ist rechtlich — und zwar nicht nur im Rahmen des innerdeutschen Staatsrechts, sondern auch vom Völkerrecht her — lösbar. Der Beantwortung dieser Frage darf jedoch nicht ein politisches Wunschbild zu Grunde liegen.*

2. *Die Frage, ob Deutschland 1945 als Staat weiterbestanden hat, setzt Klärung der anderen Frage voraus, was unter „Staat" überhaupt zu verstehen ist; je nach dem rechtsphilosophischen Standpunkt dessen, der die Antwort gibt, muß sie verschieden ausfallen.*

3. *Die Theorie kann nur Ausgangspunkt einer Untersuchung dieser Frage sein; den allgemeinen rechtlichen Überlegungen muß die sorgsame Beachtung der Staatenpraxis folgen.*

B.

1. *„Staat" ist mehr als bloßes Normengerüst, mehr als eine konkrete politische Ordnung: „Staat" ist Inbegriff bestimmter Beziehungen zwischen bestimmten Menschen. Als solcher überdauert der „Staat" sowohl eine konkrete Normenordnung als auch eine konkrete politische Ordnung. Die Frage nach der Existenz eines Staates ist die Frage nach einem geschichtlichen Faktum.*

2. *Deutschland hat als Staat den Zusammenbruch der nationalsozialistischen Zwangsordnung überdauert. Die Deutsche Staatsgewalt bestand trotz des Fortfallens der Staatsspitze auf unteren Stufen weiter; auch das deutsche Staatsvolk blieb als rechtliche Einheit nach dem 8. 5. 1945 bestehen.*

3. *Die nach dem 8. 5. 1945 von den Allierten fortgeführte Okkupation war keine Annexion, sondern eine politische Intervention, die in ihrer Wirkung einer Revolution gleichkam. Eine Debellatio hätte nur vorgelegen, wenn es zur Annexion gekommen wäre.*

4. *Der deutsche Staat verlor mit dem Wegfall seiner Staatsspitze und mit der vollkommenen Okkupation seine völkerrechtliche Handlungsfähigkeit; seine völkerrechtliche Rechtsfähigkeit hingegen blieb bestehen.*

C.

1. *Das eigentliche Problem des „Deutschen Staates" entstand nicht mit dem Zusammenbruch im Jahre 1945, sondern mit der Schaffung der Bundesrepublik und der DDR 1948/49. Kern dieses Problems ist nicht die Frage nach dem Fortbestand des Deutschen Staates, sondern die nach der Stellung der Bundesrepublik und der DDR zu diesem Deutschen Staat — d. h. die Frage, wer die fortbestehende Deutsche Staatsgewalt von Rechts wegen ausübt und repräsentiert.*

2. *Beide als Antwort auf diese Frage denkbaren rechtlichen Deutungen — sowohl die Identitätstheorie als auch die Teilordnungstheorie — sind rechtlich vertretbar. Es ist Sache des Politikers, hier die Entscheidung zu treffen.*

3. *Beide Thesen bieten nur Übergangslösungen, rechtliche Deutungen eines vorübergehenden außergewöhnlichen Zustandes. Sie dürfen nicht in endgültige Lösungen verfälscht werden.*

Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither

2. Mitbericht von Professor Dr. Günter Dürig, Tübingen

A.

I. Es wurde bereits im Erstbericht ganz deutlich, daß uns die Gegenwart mit der zeitbedingten Frage nach „Deutschlands Rechtslage"[1]) zugleich die zeitlose Frage nach der Natur des Staates überhaupt stellt.

1. Die konkreten Teilfragen nach Deutschlands Rechtslage lassen sich wie folgt präzisieren: Wieweit hat die Wirklichkeit des Zusammenbruchs des Jahres 1945 die Rechtsgrundlagen des deutschen Staatswesens beeinflußt; und: Wieweit kann bei der normativen Erfassung dieser Rechtsgrundlagen die Wirklichkeit der nach 1945 (vor allem seit 1949) eingetretenen Ereignisse ignoriert werden?

In beiden Teilfragen geht es also um das Verhältnis von Wirklichkeit und Norm und damit letztlich um das Verhältnis von Sein und Sollen. Mit den gestellten Teilfragen ist auch die allgemeine Frage nach dem Wesen des Staates erneut unter den Gesichtswinkel des Spannungsverhältnisses von Wirklichkeit und Norm gerückt worden.

2. Daß die hier gestellte Diagnose, wonach Deutschlands Rechtslage im letzten ein Problem des Verhältnisses von Norm und Faktizität ist, zutrifft, wird m. E. gerade bei jenen Staatstheorien offenkundig, die besonders Ernst machen mit einer weitgehenden Eliminierung physischer, historischer und ethisch-politischer Wirklichkeiten aus dem (demnach) nur juristisch zu verstehenden Staatsbegriff; bei jenen Staatstheorien also, die klar und (jedenfalls in der Methode) unversöhnbar den Begriff des Staates im Rechtssinne vom sozialen (soziologischen) Staatsbegriff absetzen. Es ist bekannt, daß sich Hans Kelsens „reine Rechtslehre" von „allen Elementen loslöst, die sich aus dem Bereich der Natur ... einschleichen"[2]), daß sie alle „ethisch-politischen Postulate"[2]) eliminiert, daß sie von der „Identität"[3]) von Staat und Rechtsordnung ausgeht. Eben jener als Rechtsordnung verstandene Staat endet aber nach Kelsens Lehre vom Untergang des Deutschen

---

[1]) Die griffigste Übersicht über die Gesamtproblematik findet sich (allerdings gegenüber Lösungsversuchen resignierend) bei Maunz, Deutsches Staatsrecht (3. Aufl. 1954) S. 14ff.

[2]) Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 96 und durchgehend.

[3]) Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, S. 117ff.

Reiches als Staat[4]) durch den rein seinsmäßigen Vorgang der vollständigen Niederringung. Man sieht: Eine Theorie, die als staatsbegründende Elemente rein seinsmäßige Gegebenheiten aus dem rechtlichen Staatsbegriff von vornherein eliminiert und folgerichtig ihr Vorhandensein auch nicht als kontinuitätswahrende (staatserhaltende) Elemente anerkennt, benutzt reine Faktizitäten, ohne normative Willenserklärungen nachzuweisen, sehr wohl, um das angeblich allein relevante Rechtliche zu vernichten.

II. 1. Diese dogmatische Schwäche der Methodenwidrigkeit, von der auch Nawiaskys Untergangsthese[5]) nicht ganz frei ist, ist im konkreten Falle Deutschland zugleich der Ansatzpunkt zur Widerlegung der Untergangslehren. Der m. E. stärkste Einwand gegen sie lautet also: Wenn Faktizitäten nicht rechtserhebliche staatsbegründende und staatserhaltende Kraft haben, dann können sie für sich allein auch keine rechtserhebliche staatsvernichtende Kraft haben. Die geistige Wirklichkeit der Staatsgewalt kann — wenn sich die normativen Staatslehren treu bleiben wollen und sie nicht selbst die nach neukantischer Auffassung schwere Sünde der Vermengung von Sein und Sollen begehen wollen, die man den soziologisch orientierten Staatstheorien vorwirft — nur wieder durch geistige Gegenakte beseitigt werden. Faktische Realakte der Vernichtung, wie die militärische Niederringung (und übrigens auch die Revolution), bedürfen eines geistigen Vollzuges, um sie rechtlich (also geistig) erheblich zu machen. Als bloße Faktizitäten haben sie noch keine die Kontinuität zerstörende Kraft; — und auch die hier aus der Ferne anklingende

[4]) Kelsen, The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin, in: American Journal of International Law, Bd. 39 (1945) S. 518ff.

[5]) Vgl. Die Grundgedanken des Grundgesetzes, 1950, S. 4ff. Nawiaskys Staatsauffassung ist an sich von der Kelsenschen Lehre dadurch abgesetzt, daß sie den Staat im Rechtssinne keineswegs von seiner Fundamentierung in der sozialen Wirklichkeit löst (vgl. etwa Allgem. Staatsl. Bd. I, S. 49, 153, 161, 174f.). Andererseits läßt aber auch Nawiasky bekanntlich die seinsmäßigen Elemente Gebiet und Volk nicht als Wesensmerkmale des Staates im Rechtssinne gelten und gelangt daher gewissermaßen zu der Gleichung: Staat = Staatsgewalt (vgl. Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, 1920 S. 8ff. Bayer. Verfassungsrecht, 1923, S. 52; Allgem. Staatsl. Bd. I S. 150ff.). So ist zwar, was oft übersehen wurde, Nawiaskys Lehre vom Untergang eines Staates an sich völlig vom konkreten Anwendungsfall des Jahres 1945 zu abstrahieren. Es bleibt aber auch hier der Einwand, daß eine Lehre, die fundamentale seinsmäßige Gegebenheiten (Land und Leute) aus dem Staatsbegriff im Rechtssinne eliminiert und nicht als begründende und erhaltende Begriffsmerkmale des Staates anerkennt, einen rein seinsmäßigen Vorgang wie die militärische Niederringung dann plötzlich als staatsvernichtend bewertet. Dieser „nackten Tatsache" wird dann das Prädikat der „rechtlichen Bedeutung" beigelegt, und es bedürfe daher wie bei allen Tatsachen von rechtlicher Bedeutung keines formellen Dokumentes, um sie „rechtserheblich" zu machen.

Lehre von der „normativen Kraft des Faktischen" sollte niemals dahingehend mißdeutet werden, als erspare sie dem Faktum (z. B. der Revolution) den geistigen Vollzug (z. B. die Anerkennung), um das Faktum kategorisch verpflichtend zu machen[6]).

2. Im Fall Deutschland hätte der geistige Vollzug, der das Faktum der vollständigen (militärischen) Besiegung des gegnerischen Staates rechtlich staatsvernichtend wirksam machen konnte (gerade vom Standpunkt etwa Kelsenscher Normlogik aus) in einer auf rechtlichen Erfolg (Staatsvernichtung) gerichteten Willensaktion bestehen müssen, die freilich auch von seiten der besiegten Nation hätte ausgehen können (etwa durch Aufgabe des Willens zur Eigenstaatlichkeit oder durch selbst vorgenommene Dismembration des Gesamtstaates).

3. Das Faktum der Niederringung wurde auch noch nicht dadurch zu dem zusätzlich erforderlichen rechtlichen Moment, daß die Siegermächte, wie es in Überschrift und Präambel der Berliner Erklärung vom 5. 6. 1945[7]) geschah, diese Tatsache der völligen gegnerischen Niederlage förmlich feststellten. Willenserklärungen aber, die auf den Rechtserfolg der Staatsvernichtung gerichtet waren, sind nicht nachweisbar. Daß eine solche ausdrücklich erfolgte, wird auch von den Untergangslehren nicht behauptet. Daß in der „Übernahme der obersten Regierungsgewalt hinsichtlich Deutschlands" laut der Berliner Erklärung vom 5. 6. 1945 eine konkludente rechtlich relevante Vernichtungserklärung liegen könne, ist für die herrschende Staatslehre, die als unabdingbaren Anknüpfungspunkt der Staatsgewalt auch das Staatsgebiet ansieht, von vornherein ausgeschlossen, da diese Erklärung eben eine solche Gebietsannektierung expressis verbis (Abs. V der Präambel) ablehnt. Aber auch wer den Staat im Rechtssinne einer rein rechtlich verstandenen Staatsgewalt gleichsetzt, oder den Staat seinem Wesen nach als ein System von Normen ansieht, wird anerkennen müssen, daß (auch wenn die „Übernahme" nicht im technischen Sinne derivativen Erwerbs durch Übertragung seitens des Besiegten zu verstehen ist) die „Übernahme einer Staatsgewalt" eine solche einheimische Staatsgewalt potentiell (d. h. als der Anlage

---

[6]) Zuletzt in diesem Sinne: Hans Schneider, Vierteljahrshefte f. Zeitgeschichte 53, 221 Anm. 38 (Bejahung des Faktums als eines Sosein-Sollens). Zum Gesamtproblem vgl. bei Georges Vedel die Unterscheidung von „gouvernement de fait" und „gouvernement d'usurpation", die nach ihm gleichbedeutend ist mit der „distinction entre l'autorité généralement reconnue et obéi et l'autorité généralement contestée et combattue" (Droit Constitutionel, 1949 S. 279ff.).

[7]) Zugrunde gelegt ist für die „Erklärung in Anbetracht der Niederlage Deutschlands und der Übernahme der obersten Regierungsgewalt hinsichtlich Deutschlands" die amtliche Übersetzung des alliierten Büros des Kontrollrats in Deutschland, in: „Dokumente und Berichte des Europa-Archivs" Bd. 6 S. 74ff.

nach vorhanden) voraussetzt. Sie muß wohl sogar, wenn man sich nicht geistig in die Zeit vor Rousseau begeben will, als potentiell vorhanden vorausgesetzt werden, solange das Staatsvolk als immer bereitstehender — und auch nach faktischer Vernichtung eines autoritären Systems bereitstehender — Träger der Staatsgewalt noch existiert[8]). Selbst wenn man aber den Besatzungsmächten (m. E. zu Unrecht) unterstellen wollte, sie hätten im Falle Deutschland ihrer eigenen Einsatznorm vom Demos als Inhaber der Staatsgewalt und dem Völkerrechtsgrundsatz vom Selbstbestimmungsrecht der Völker untreu werden wollen, dann hätte, nachdem man auf Genocidium, Annektion und (spätestens jedenfalls seit dem Potsdamer Abkommen auch auf Dismembration[9]) verzichtet hatte, nur der eine rechtliche Weg bestanden, die Ausübung der Staatsgewalt total zu „usurpieren", so daß dadurch erkennbar wurde, daß für Deutschland die rechtsdogmatisch und ideengeschichtlich gebotene Trennung von Inhaberschaft und Ausübung der Staatsgewalt eben nicht mehr gelten solle. Dazu aber hätte es gerade für die Lehre der Identität von Staat und Rechtsordnung einer Transformierung allen vorgefundenen einheimischen Rechts zu Fremdrecht bedurft, die bekanntlich nicht erfolgt ist. Für Vertreter der Gleichung: Staat = Staatsgewalt wäre eine Umwandlung der unteilbaren Staatsgewalt zur Fremdgewalt nötig gewesen, und zwar zur Fremdgewalt bis hinab zur rechtsanwendenden Gewalt der Alltagsverwaltung, so daß es nur noch Besatzungs(auftrags)verwaltung und nur noch Besat-

[8]) Vgl. Rolf Stödter, Deutschlands Rechtslage, 1948 S. 48, wo mit Recht scharf zwischen „Ausübung der Staatsgewalt und ihrer Innehabung" unterschieden wird. Vgl. Hermann Heller, Staatslehre, 1934 S. 239: „Der Machthaber hat Macht im Staate, er besitzt aber niemals die Macht des Staates"; vgl. S. 240 Hellers Stellungnahme gegen die Verwechselung von Regierungsgewalt und Staatsgewalt.

[9]) Nach Wolfgang Abendroth (Europa-Archiv 52, 1943; Außenpolitik 53, 643; Z. f. Politik 54, 71) hat Abs. VI der Berliner Erklärung die Möglichkeit der Zerstückelung Deutschlands noch offengelassen. Erst Potsdam habe die Abkehr vom Dismembrationsgedanken gebracht. Dagegen Wilhelm Grewe, Außenpolitik, 54, 347ff., der darlegt, daß der Dismembrationsgedanke zwar bereits im März 1945 teilweise aufgegeben war, daß aber das Potsdamer Abkommen selbst in diesem Punkt (ebenso wie die Junierklärungen) indifferent geblieben sei. Hier genügt die Feststellung, daß jedenfalls nach Potsdam der Dismembrationsgedanke in keinem Dokument der Siegermächte mehr auftaucht, und daß die in Potsdam beschlossene Einsetzung von Zentralverwaltungen und die Zulassung politischer Parteien für ganz Deutschland jedenfalls beweisen, daß auch die zwischen Yalta und Potsdam liegende territoriale Besatzungseinteilung spätestens von hier ab nichts mehr mit der Dismembrationsidee von Yalta zu tun hatte. Auch das zum Dismembrationsproblem zunächst nicht gehörte Frankreich hat bereits in einem (erst neuerdings zugänglich gewordenen) „Memorandum" vom 14. 9. 1945 (Europa-Archiv 54, 6747) eine Teilung Deutschland in mehrere Staaten als „auferlegte Lösung" abgelehnt und sie nur als Folge einer „natürlichen Entwicklung" für diskutabel erachtet (aaO. Abs. IV).

zungsakte hätte geben können. Die Tatsache aber, daß es zu jeder Zeit deutsche Verwaltungsakte, damit also auch Zuständigkeitsträger einheimischer Staatsgewalt kraft innerdeutschen Rechts gab, bestätigt, ohne daß dabei Ursache und Wirkung verkannt werden, induktiv die hier vertretene Auffassung, daß die einheimische Staatsgewalt dort nicht fremdrechtlich „verbraucht" wurde, wo die Besatzungsmächte Inhaberschaften und Zuständigkeiten von vornherein nicht in Anspruch nahmen und daß sie ipso jure dort wieder aufleben konnte, wo die Besatzungsmächte einheimische Zuständigkeiten nachträglich wieder freigaben. Schließt man sich dem an, dann kann die einheimische Staatsgewalt ohne Rückübertragung im technischen Sinne wieder bis zur summa potestas der äußeren Souveränität erstarken, obwohl sie am „Tag Null' in der Tat nur in einer das erste Sozialchaos improvisierend bekämpfenden Alltagszuständigkeit örtlicher Behörden bestand. Die Stadien dieser schrittweise von unten nach oben erfolgten Freigabe suspendierter deutscher Staatsgewaltsausübung sind bekannt.

4. Wenn man anerkennt, daß eine einheimische Staatsgewalt, die in der Ausübung wieder aufleben konnte, immer vorhanden war, wird es von nachgeordneter Bedeutung, ob man der von den Besatzungsmächten ausgeübten obersten Regierungsgewalt einen „Doppelcharakter" beilegt (d. h. sie teils als Besatzungsgewalt aus der occupatio bellica, teils als treuhänderisch ausgeübte deutsche Staatsgewalt auffaßt[10]) oder ob man in ihr völkerrechtlich begründete reine Fremdgewalt sieht[11]). Soweit ersichtlich, ist diese Frage nur für die Anwendbarkeit der Haager Landkriegsordnung von Bedeutung. Aber auch die Lehre von der reinen Fremdgewalt sieht in dieser eine völkerrechtlich begründete Fremdgewalt sui generis und behauptet keineswegs, daß die Gesamtheit der Besatzungsbefugnisse hinsichtlich Deutschlands als lediglich in der occupatio bellica begründet und folglich ganzumfassend als durch die in der Haager Landkriegsordnung kodifizierten Regeln der occupatio bellica begrenzt anzusehen sei.

B.

Mag das Bisherige auch die herrschende Meinung[12]) vom Fortbestand Deutschlands als Staat über das Jahr 1945 hinaus be-

---

[10]) So die wohl herrschende Meinung. Vgl. zuletzt BGHZ Beschl. v. 20. 5. 1954 (GSZ 6/53) BGHZE 13, 265 (294).

[11]) Hauptvertreter dieser Ansicht Ulrich Scheuner, DVBl. 50, 482; ders. Friedenswarte Bd. 51 S. 19.

[12]) Maßgeblich nach wie vor die Monographien von Stödter, Deutschlands Rechtslage (1948); E. Kaufmann, Deutschlands Rechtslage unter der Besatzung (1948); Grewe, Ein Besatzungsstatut für Deutschland (1948) S. 47ff. Vgl. ferner: Scheuner, DVBl. 50, 481 ff.; ders. Friedens-

stätigen, so sollte es doch in erster Linie ein (naturgemäß fragmentarischer) Versuch sein, die rein normativen Staatslehren, die scheinbar folgerichtig zur Untergangsthese gelangen, mit dem Nachweis eigener Methodenwidrigkeit zu widerlegen, da sie, wie dargetan, bei der Befassung mit dem Staat seinsmäßige Gegebenheiten in positiver Hinsicht methodenrein nicht gelten lassen, sie aber (m. E.) methodenwidrig zum Nachweis rechtlicher Diskontinuität verwenden. Wenn sich hieran noch eine in das Einzelne gehende Begründung der Fortbestandslehre anschließen würde, erhöbe sich mit Recht der Vorwurf der herrschenden Meinung, eine offene Tür aufzustoßen. Jene Tür macht aber bekanntlich, um beim Bilde zu bleiben, nur den Weg frei für die Beschäftigung mit der viel schwierigeren Frage, wie sich die Ereignisse nach 1945 auf diesen zunächst fortbestehenden Staat Deutschland ausgewirkt haben. Scharf gestellt lautet diese Frage: Ist es eine bloße Fiktion (wenn man will: ein „Wunschbild"), daß dieses zwar über den Zusammenbruch des Jahres 1945 hinaus als Staat erhalten gebliebene Gebilde Deutschland auch heute noch als Staat besteht?[13]).

Diese Frage nun ist m. E. kaum lösbar ohne das Wagnis, eine staatstheoretische Grundkonzeption zu entwerfen, auf deren Basis man im folgenden zu argumentieren gewillt ist. Dabei dürfte am Beginn der folgenden kleinen Studie eines von vornherein und ganz generell feststehen: Je mehr sich eine Staatslehre als Soziallehre versteht, die Sozialgegebenheiten auch in den Rechtsbegriff des Staates und in die Staatsrechtslehre übernimmt, desto anfälliger wird sie gegenüber kontinuitätszerstörender historischer Wirklichkeit sein; und in jedem Fall werden solche Lehren gegenüber den Wechselfällen der Geschichte anfälliger sein als es die normativen Staatslehren sind, weil sie sich vor der Effektivität des Lebens niemals hinter die künstliche Mauer der juristischen Fiktion flüchten können, wie es die rein normativen Staatslehren ohne methodischen Bruch letztlich tun könnten, und es m. E. eigentlich, solange nicht in der Normenebene das Kontinuum beseitigt ist, sogar tun müßten.

---

warte Bd. 51 S. 1ff.; v. d. Heydte, Friedenswarte Bd. 50 S. 323ff. Bei allen Autoren weitere Literatur- und Rechtsprechungsnachweise. Letzte höchstrichterliche Entscheidungen BVerfGE 3, 288 (319) — „Soldatenurteil"; BGH Beschl. GSZ v. 20. 5. 1954, JZ 54, 489 (496) = NJW 54, 1073 (1077) = BGHE 13, 265 (292). Vgl. ferner in letzter Zeit Urt. des Judicial Committee of the Privy Council v. 12. 1. 1953 in Sachen Schiffahrtstreuhand GmbH gegen Procurator General (ArchVölkR 4, 359 mit Anm. v. Scheuner), wo jedenfalls der Vorgang des „unconditional surrender" nicht als untergangsbewirkend angesehen wird.

[13]) — wobei die destruktiven und gegen ein Kontinuum wirkenden Tatsachen, die etwa mit dem Auseinanderfallen des Kontrollrates einsetzten und mit der sog. „Souveränitätserklärung" der Sowjetunion v. 25. 3. 1954 zugunsten der DDR ihren vorläufigen Abschluß fanden, auch hier nicht erneut kompilatorisch aneinandergereiht zu werden brauchen.

I. Im theoretischen Ausgangspunkt sei angeregt, zunächst die durch den Neukantianismus bedingte dualistische Zerreißung von normativem Sollen und faktischem (physischem, historischem, aber auch kulturtatsächlichem) Sein in der Erkenntnis zu versöhnen, daß zwar das normative Sollen niemals aus dem Sein zu „begründen" ist, daß es aber im Sein „gründen" muß[14]). „Jedes Sollen ist für einen bestimmten Stoff bestimmt und deshalb auch durch diesen Stoff bestimmt" (Radbruch). Diese Erkenntnis hat heute nichts Erregendes mehr an sich. Schon vor Erich Kaufmanns herber „Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie" (1921) hatten Rechtsdenker die tiefe Schlucht zwischen Sein und Sollen nie ohne die verbindenden Brücken gelassen, die der Neukantianismus glaubte abbrechen zu müssen. Es darf an Eugen Hubers Lehre von den „Realien der Gesetzgebung"[15]) erinnert werden. Auch Walter Jellineks Lehre von den „Tatsachen mit ursprünglicher und abgeleiteter Rechtssatzwirkung"[16]) gehört hierher, obwohl die Formulierung das Mißverständnis erwecken könnte, als schüfen Tatsachen Recht. Auf der gleichen Linie liegt Gustav Radbruchs Lehre von der „Natur der Sache als juristische Denkform"[17]) und neuestens Erich Fechners Lehre von der teilweisen „Determiniertheit des Rechts"[18]). Ferner ist bekanntlich die Bestimmung des Rechtsinhalts (des Soseins, nicht des Daseins des Rechts) immer mit der sozialen Wirklichkeit verzahnt gewesen, und mit Recht hat in neuerer Zeit das Bundesverfassungsgericht[19]) auch für Verfassungsnormen erklärt, daß das Gericht der Lebensordnung, „auf die sich die Verfassungsnorm bezieht und in die seine Entscheidung regulierend eingreifen soll, nicht unbeteiligt gegenüberstehen" könne. „Die Norm erhält ihre volle Bedeutung erst von dem sozialen Tatbestand her, auf den sie sich

---

[14]) Dazu und über die „doppelte Abhängigkeit des Rechts" vgl. Dürig, AöR 79, 69ff.

[15]) Zeitschr. f. Rechtsphilosophie, Bd. 1, S. 39ff.

[16]) Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S. 13ff.

[17]) In: Festschrift für R. Laun, 1948, S. 157ff.

[18]) Die Bedeutung der Gesellschaftswissenschaft für die Grundfrage des Rechts, in: Soziologie und Leben, 1952, S. 102ff.

[19]) Bemerkungen des BVerfG zu dem von Prof. Dr. Richard Thoma erstatteten Rechtsgutachten betr. die Stellung des BVerfG vom 3. 6. 1953 unter III c. Wollte man übrigens den wesentlichsten Unterschied in der Rechtsprechung der herkömmlichen Staatsgerichtsbarkeit und der jetzigen Verfassungsrechtsprechung herausschälen, dann müßte man ihn darin sehen, daß jetzt auch die realen (politischen) Wirkungen, die der richterliche Ausspruch zeitigen kann oder soll, berücksichtigt werden. In der Verpflichtung hierzu liegt in der Tat ein Spezifikum der Verfassungsgerichtsbarkeit, dem z. B. der ehem. Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich kaum genügend Rechnung getragen haben dürfte.

bezieht"[20]). Und schließlich ist ja die positivierte Normativität selbst wieder eine Art sozialer Faktizität.

II. Diese kurze Gesamtschau über die Abhängigkeit zwischen normativem Sollen und sozialem Sein führt dann folgerichtig zu der Erkenntnis, daß auch der Staat als Rechtsbegriff stoffbestimmt, d. h. ein im sozialen Sein gründender Begriff ist. Auch das ist nicht Neues, und es darf daran erinnert werden, daß kein anderer als Georg Jellinek[21]) die physischen Wirklichkeiten Land und Leute in seiner juristischen Staatsdefinition verwendete, also keineswegs so streng dualistisch den juristischen vom sozialen Begriff des Staates gesondert hat, wie es nach der technischen Anlage seiner Allgemeinen Staatslehre („Soziallehre" einerseits, „Staatsrechtslehre" andererseits) und nach einigen methodentrennenden Wendungen[22]) den Anschein erweckt. Georg Jellineks Trias der Staatselemente, die man manchmal als seltsam und als unerträgliche Vermischung physischer und geistiger Wirklichkeit empfunden hat[23]), birgt in sich durchaus bereits die moderne Erkenntnis von der Stoffbestimmtheit allen Rechts und damit auch des Staates im Rechtssinne. Und es besteht auch nach wie vor kein Anlaß, Gebiet und Volk als Realien des rechtlichen Staatsbegriffes aus diesem zu eliminieren, und übrigens löst auch Nawiasky, der das bekanntlich unternimmt, keineswegs — wie etwa Kelsen — den Staat im Rechtssinn völlig von seiner Fundamentierung in der sozialen Wirklichkeit[24]).

1. Wenn man aber zugibt — und soweit ersichtlich, tun dies außer den Vertretern der reinen Rechtslehre alle —, daß sich die Lebensordnung der sozialen Welt niemals völlig der Norm und dem Normativen „ausliefert", daß vielmehr jede Norm erst ihre volle Bedeutung vom sozialen Tatbestand her gewinnt, auf den sie sich bezieht, dann folgt hieraus m. E., daß es keinen Rechtsbegriff vom Staat gibt, der nicht primär den Staat als Sozialbegriff voraussetzt (ebenso wie etwa der Rechtsbegriff der Ehe den pri-

---

[20]) Martin Drath, Zur Soziallehre und Rechtslehre vom Staat, ihren Gebieten und Methoden, in: Festgabe für R. Smend, 1952 S. 39ff. (S. 49). Vgl. auch Dietrich Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 2. Aufl. 1944, S. 61.

[21]) Allgem. Staatsl. (3. Aufl. 1914) S. 183.

[22]) Z. B. von der „Doppelnatur" des Staates, aaO. S. 50.

[23]) Vgl. z. B. Ulrich Scheuner, Entstehung, Altersstufen und Untergang von Staaten im Lichte des Rechts, Kölner Z. f. Soziologie 4, 211. Der härteste Angriff gegen die Drei-Elementen-Lehre findet sich bei Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 56 („unmöglich und widersinnig").

[24]) Allgem. Staatsl. Bd. I, S. 7ff.; 162ff. Nawiasky gibt zu, daß mindestens die erstphasige Rechtssetzung der sozialen Welt angehört (aaO. S. 174f.).

mären Sozialbegriff der Ehe voraussetzt[25]). Der Staat ist als soziale Tatsache auch ohne Rechtsordnung denkbar[26]), während das Gegenteil geistig unvollziehbar ist. Daraus folgt, für die wissenschaftliche Befassung mit dem Erkenntnisobjekt Staat, daß jede Rechtslehre vom Staat im Grundlegenden notwendig auch zugleich immer Soziallehre vom Staat ist. Damit aber muß dann die Sozialwissenschaft auch ihre Methodik weitgehend auf die Rechtswissenschaft übertragen.

2. Hieraus wiederum ergibt sich für den Staatsbegriff als solchen (und damit auch zur Erhellung des uns beschäftigenden konkreten Problems) eine nicht zu unterschätzende Folgerung. „Die Fülle des Lebens läßt sich eben nicht in enge Schablonen pressen" schrieb Georg Jellinek[27]) und entwickelte daran anschließend bereits die Grundzüge einer Lehre der idealtypischen Begriffsbildung der Sozialwissenschaft[28]). Daß auch vermeintlich reine Rechtsbegriffe eigentlich solche idealtypischen Begriffe sind, erkannte für den Bundesstaatsbegriff schon Georg Jellinek an. Man wird aber auch die These wagen können, daß der herkömmliche Staatsbegriff selbst ein idealtypischer Begriff ist, der zwar juristisch abstrakt und rein gedacht wird (seit er einmal in den Nationalstaaten der Jahrhundertwende rein verwirklicht war, weil Staatsgebiet, Staatsvolk, Staatsgewalt und sogar Souveränität den Staatsbegriff auch realiter erfüllten), der aber nichtsdestoweniger ein idealtypischer Begriff geblieben ist, und als solcher in der Wirklichkeit vorhandene Abschwächungen, Übergänge und Graduierungen gestattet, ohne sie als begriffswidrig und begriffszerstörend erscheinen zu lassen. Wenn man dem Idealtypus des Bundesstaatsbegriffes als Wesensmerkmal des (Glied-)Staates ziemlich unbedenklich die Souveränität opferte, dann kann es

---

[25]) Über die seinsmäßig „vorgegebenen" Realien der Ehe vgl. Dürig, FamRZ 54, 2. Vgl. auch in den Bem. des BVerfG zum Thoma-Gutachten (II A 2) die Ausführungen über „vorgegebene Wesenheiten", die überwiegend den fundamentalen Ordnungsprinzipien des gesellschaftlichen Lebens angehörten, und zu denen mit Recht auch der Staat selbst gerechnet wird.

[26]) Vgl. Nawiasky, Allgem. Staatsl. Bd. I S. 60.

[27]) Allgem. Staatsl. S. 31.

[28]) Vgl. Hans Freyer, Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft, 1930, S. 148: „Der Begriff des Idealtypus überspannt den Gegensatz von individualisierender und generalisierender Denkweise, indem er im Individuellen das Charakteristische heraushebt und andererseits auf dem Wege der Generalisation nur bis zum Typischen, nicht bis zur schlechthinnigen Allgemeingültigkeit des Gesetzes fortschreitet." Vgl. zuletzt hierüber: Martin Drath, Festschr. f. Smend, 1952 S. 49ff. mit Literaturnachweisen und eigenen Nutzanwendungen auf die Begriffe Souveränität, Gewaltenteilung usw. In rückschauender Betrachtung weist Ernst Kern, Moderner Staat und Staatsbegriff, 1949, S. 29ff. mit Recht darauf hin, daß sich der Staatsbegriff des 19. Jahrhunderts auch nicht auf ältere Ordnungsgebilde übertragen läßt.

m. E. kaum ein begriffsjuristisches Vergehen sein, wenn man dem Idealtypus des Staatsbegriffes selbst Modalitäten der Staatsgewalt opfert. Konkrete, in der Wirklichkeit vorhandene Verminderungen des Wesensmerkmals Staatsgewalt zwingen dann noch nicht dazu, den Staatsbegriff selbst in Frage zu stellen. Dann ist es kein Grund zu juristischem Erschrecken, wenn in der sozialen Wirklichkeit einmal idealtypische Anforderungen — wie etwa ununterbrochen und einheitlich ausgeübte Staatsgewalt — bei einem Staatswesen nicht realisiert sind. Für unser konkretes Problem aber ergibt sich dann, daß man vor der weiteren rechtlichen Erfassung Gesamtdeutschlands als Staat nicht zu resignieren braucht, selbst wenn sich dieses Staatswesen, gemessen am herkömmlichen idealtypischen Staatsbegriff, als „monstro simile" im Sinne Pufendorfs erweist.

3. Nach diesem methodischen Exkurs, der nötig erschien, um angesichts weitverbreiteter Resignation zu zeigen, daß es am Thema zu bleiben lohnt, selbst wenn ein inkommensurables Staatsgebilde erfaßt werden muß, stellt sich im Fortgang unserer staatstheoretischen Untersuchung die Frage nach dem Wirklichkeitsstoff, durch den der Staat bestimmt ist. Dieser Stoff ist zunächst physischer Tatsachenstoff. Daß alle sozialen Einheiten Zusammenhänge des Raumes sind und daß auch das Dasein des Staates auf dem Boden aufruht, erscheint dabei ebenso selbstverständlich wie die Tatsache, daß sich der Staat, wie jede Gemeinschaft, aus den Menschen als den eigentlichen psycho-physischen Trägern zusammensetzt.

III. Hier aber gilt es aus Gründen, die noch erkennbar werden sollen, zu verweilen. An dieser Stelle springt nämlich gedanklich unsere herrschende, herkömmliche Staatslehre übergangslos von den physischen Wirklichkeiten (Land und Leute) sofort zu der geistigen Wirklichkeit der Staatsgewalt, zur institutionellen Verfestigung, zur Organisation, zum Normativen. Man überspringt andere im Staat, wie in jeder sozialen Einheit, wirksame geistige Realitäten[28a]) wie etwa Tradition, Bewußtsein, Schicksalserlebnis, Kultur usw. und endet sofort bei der vom juristischen Standpunkt

[28a]) Mit Recht spricht Günther Krauss, dessen Aufsatz über „Die Verfassung Deutschlands 1945—1954", DÖV 54, 579 dem Mitberichter leider nicht mehr rechtzeitig vorlag, von einem „unbewältigten Wirklichkeitsrückstand". Auch Krauss gelangt zu der Diagnose, daß zwischen die naturhaften Elemente und das institutionelle Element „ein neues, drittes Element als Verbindungsstück" eingeordnet werden muß. Daß dieses Element dem geistigen Sein zugehört, ist auch für Krauss zweifelsfrei. Er schlägt vor, es als „geistig-sittliches Element" zu bezeichnen, das vor allem den „Willen zur politischen Einheit" umfasse. Die starke Betonung des voluntaren Moments bei Krauss läßt sich vielleicht auf die (einprägsame, aber m. E. etwas zu einfache) Formel bringen: Deutschland besteht deshalb als Staat fort, weil wir wollen, daß es als Staat fortbesteht.

aus naturgemäß vollkommensten Verwirklichung des geistigen überindividuellen Seins, bei der normativen Staatsgewalt, die aber doch nur ein Teilgebiet der geistigen Wirklichkeit ist. Nun ist freilich dieses Ignorieren einer Lücke durchaus verständlich, denn es hat noch keine Zeit einer Staatstheorie ernsthaft die Aufgabe gestellt, das überindividuelle geistige Sein, das im Staatsverband außer der Staatsgewalt wirksam ist, zu erfassen. Denn es ist fraglos nach wie vor richtig, daß trotz vorhandener geistiger Gegebenheiten in der sozialen Gruppe kein Staat entsteht ohne bewußte Herbeiführung der Einheit durch institutionelle Verfestigung, und daß das Gesetz der Organisation das grundlegendste Bildungsgesetz des Staates ist. Es ist ferner richtig, daß oft — man denke an dynastische Staatsgründungen — das Normativ-Organisatorische die überindividuellen geistigen Realitäten der Einheit überhaupt erst schafft[29]). Und es ist schließlich nicht bezweifelbar, daß ein auf Dauer gerichtetes (vor allem fremdbestimmtes) Zerbrechen der institutionellen Bande trotz aller vorhandenen geistigen Realitäten des Verbandes das Ende des Staates bedeutet. Unser Problem aber lautet: Inwieweit verträgt das vorhandene geistige Sein der überpersonellen Einheit Staat Lockerungen, Lösungen und Suspendierungen einmal vorhanden gewesener institutioneller Verfestigungen, um dennoch die geistige Realität Staat zu bleiben, eine geistige Realität, die ohne Neukonstituierung wieder normativ-organisatorisch perfektioniert werden kann.

IV. Was folgt, ist daher nichts Geringeres als das Bemühen, ein neues (wenn man will: „viertes") Staatselement aufzudecken[30]). Es ist m. E. das Staatselement schlechthin, weil es die beiden naturhaften Elemente überhöht, weil es die Wirkursache für das Teilelement Staatsgewalt ist und somit die Lücke zwischen außergeistigem Seinsstoff und der geistigen Wirklichkeit der Staatsgewalt schließt, und weil es die wirkliche Realität des Staates darstellt, die über das Kontinuum entscheidet, solange es noch auf das Selbstverständnis einer Gemeinschaft von ihrem Staat ankommt und keine kontinuitätszerstörende Fremdbestimmung erfolgt ist.

1. Auf der Suche nach der sozialen Realität der Einheit Staat glauben wir, ohne großen Widerspruch auszulösen, von vorn-

[29]) Beispielhaft hierfür ist auch die von Besatzungs wegen erfolgte Neugründung der deutschen Gliedstaaten im Jahre 1945, die eigentlich nur für Bayern an landsmannschaftliche Verbundenheit, geschichtliche und kulturelle Zusammenhänge usw. anknüpfte, während in den anderen Ländern der Organisationsakt die geistige Einheit erst zur Folge haben kann.

[30]) Mut und Anregung hierzu empfing der Berichterstatter bereits durch Willibalt Apelts Vorlesung über „Allgemeine Staatslehre". Vgl. die (z. T. aber mißlungene) Vorlesungsnachschrift, Skriptum des Studentenwerks München, 1950 S. 2. Es ist zu hoffen, daß Apelt seine Lehrmeinung vom „vierten Staatselement" auch literarisch zugänglich macht.

herein den Ballast aller organologisch-biologischen Theorien, aber auch aller organizistischen Analogien abwerfen zu können. Es gibt selbstverständlich keine Realexistenz kollektiver Persönlichkeiten[31]), und wie es keine „Kollektivkörper" (auch nicht als „Bild" verwendbar) gibt, gibt es keine „Kollektivseele" und keinen mythologischen „Volksgeist", die abstrahiert von der Realeinheit Einzelmensch zu denken wären.

2. So einig man sich darüber ist, daß psycho-physische Realität nur den die soziale Einheit bildenden Einzelmenschen zukommt, so einig ist man sich auch darüber, daß es soziale Einheit als geistige Realität gibt[32]). Seit die klassische deutsche Soziologie — man denke an G. Simmel, A. Vierkandt, L. v. Wiese — erkannte, daß die Summe der Individuen zur Einheit wird durch ein System geistiger „Beziehungen" und „Wechselwirkungen"; und daß, wo „Menschen in Wechselwirkung" sind, zumindest „Gesellschaft", und wenn die Wechselwirkungen tiefere und umfassendere Schichten des Individuums ergreifen, auch (im Sinne der bekannten Unterscheidung von Tönnies) „Gemeinschaft" entsteht, seither anerkennt auch die Staatstheorie, daß sich die soziale Einheit mindestens in der subjektiven Synthese des außenstehenden Betrachters als geistige (ideelle) Realität darstellt. Verharrt man freilich hierbei — und für dieses Verharren ist die jüngste umfassende Staatslehre von Nawiasky repräsentativ[33]) — dann handelt es sich immer nur um eine „vorgestellte Einheit"[34]), die außerhalb des Einzelbewußtseins, d. h. in der sozialen Welt, letztlich nicht weit von wirklichkeitsloser Fiktion und Abstraktion entfernt ist[35]). Auch wenn man sich nun keineswegs den Vorwurf[36]) zu eigen macht, hier handele es sich um eine extrem „individualistische" (atomistische) Gesellschaftsauffassung, die mit umgekehrtem Vorzeichen aus denselben Gründen abzulehnen sei wie die kollektiv-

[31]) Nawiasky, Allgem. Staatsl. Bd. I S. 19: „Es genügt folgende Überlegung aufzustellen: Wenn alle Mitglieder einer Personenvereinigung wegfallen, bleibt dann noch die Vereinigung als solche übrig? Antwort: Nein! Wenn eine Personenvereinigung aufgelöst wird, bleiben noch die einzelnen Personen, die vereinigt waren, übrig? Antwort: Ja! Also sind real existent die Einzelpersonen, nicht die Personenvereinigungen." Gegen die „organische und universalistische" Gesellschaftsauffassung vgl. auch Hermann Heller, Staatslehre, 1934 S. 96ff.

[32]) — wobei es seit langem keines Nachweises mehr bedarf, daß überhaupt eine Realität geistiger Gegebenheiten anzuerkennen ist, und daß überhaupt erkenntnistheoretisch für geistiges Sein Erkenntnismöglichkeit besteht.

[33]) Vgl. Allgem. Staatsl. Bd. I S. 22ff.; 27; 89ff.; Bd. II S. 2.

[34]) Nawiasky, aaO. S. 27.

[35]) Vgl. dazu die Kritik Hellers, Staatslehre S. 96.

[36]) Vgl. Heller, aaO. S. 96. Daß der Vorwurf einer „mechanistischen" und „atomistischen" Lehre speziell Nawiasky nicht treffen kann, zeigt dessen „Staatsideenlehre", mit der er, soweit ersichtlich als Erster, die dualistische Staatslehre G. Jellineks zum Trialismus erweitert.

freudigen Organologien, wird man dieser juristisch und soziologisch noch herrschenden Meinung wohl kaum den Vorwurf ersparen können, daß sie nicht mehr ganz dem heutigen Befund der ontologisch und phänomenologisch gerichteten Philosophie gerecht wird.

a) In den Phänomenen des Geisteslebens gibt es nämlich als Erkenntnissubjekt für gesellschaftliche Gebilde diesen „dritten außenstehenden Beobachter" nicht. Für alle Erkenntnis gesellschaftlicher Gebilde ist phänomenologisch nur eine „Identität von Material und Subjekt"[37]) aufweisbar, und schauen wir den gesellschaftlichen Gebilden auf den Grund, „so finden wir immer uns selbst"[37]). Kein menschliches Individuum (und damit auch nicht der „außen"-stehende Betrachter) kann, wie Theodor Litt[38]) in seiner phänomenologischen Analyse des Ich nachgewiesen hat, überhaupt vorgestellt werden ohne die reziproke (umkehrbare) Verbundenheit mit dem „Du" der Anderen und dem „Wir" der Gemeinschaft. Das Individuum ist als geistiges Wesen nicht „an und für sich" und ist als solches keiner isolierenden Betrachtung fähig; das Individuum ist überhaupt nur geistiges Wesen in dem von vornherein gegebenen geistigen Zusammenhang — in der „sozialen Verschränkung" (Litt) — mit der sozialen Umwelt[39]).

b) Dieser geistige Lebensvorgang unter psycho-physischen Wesen ist nicht nur eine intraindividuelle, sondern ist auch eine überindividuelle Gegebenheit[40]), obwohl sich nirgends ein über-

---

[37]) Hans Freyer, Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft, 1930 S. 82. („Wir finden ein Gefüge, dessen Glieder wir sind; ein Geschehen, das durch uns hindurch geschieht; eine Spannung, die sich aus unserem Sein und Tun aufwölbt.")

[38]) Theodor Litt, Individuum und Gemeinschaft (2. Aufl. 1924) durchgehend. Kernsätze (S. 56: „Denn zu dem Ich gehört seine ihm perspektivisch zugerichtete Umwelt, zu ihr in bevorzugter Stellung die fremden geisterfüllten Wesenheiten — und mit ihnen ist auch schon jene Reziprozität gegeben, die jede einseitige Ableitung der sozialen Wirklichkeit ausschließt"; S. 84: „Erst innerhalb der Gesellschaft kommt es zu den wesensformenden Lebensvorgängen, die sich in und mit den Akten des Kundgebens und des Verstehens aktualisieren."

[39]) Soweit auch noch Nawiasky (vgl. aaO. S. 27) unter Billigung von Smend, der seinerseits in seinem Werk „Verfassung und Verfassungsrecht" (1928) generell auf Litt aufbaut. Vgl. hierzu auch Nicolai Hartmann, Das Problem des geistigen Seins, 2. Aufl. 1949 S. 296f.: „Der Geist ist überhaupt niemals personal einsamer Geist, Ich ohne Du. Auch als persönlicher formt er sich schon in der Gemeinschaft." Vgl. ferner: Heller, Staatslehre, S. 96. Deshalb sehr beachtlich die von Richard Bäumlin, Die rechtsstaatliche Demokratie, 1954 S. 97 für das Grundrecht der Meinungsfreiheit gezogene Folgerung: „Der Staat, der die freie Meinungsäußerungen unterbindet, verbietet so nicht nur einen die Substanz des Menschen als einer geistigen Person an sich intakt lassenden Akt, sondern er kürzt auch die menschliche Existenz als solche."

[40]) Hier trennen wir uns im Anschluß an Denker wie Dilthey, Freyer, Litt, Nicolai Hartmann u. a. von der durch Nawiasky repräsentierten (wohl noch herrschenden) Meinung.

individuelles Aktzentrum (ein „Gemein-Ich", „Kollektiv-Ich") bildet. Es handelt sich deshalb um eine auch überindividuelle Gegebenheit, weil im sozialen Prozeß vor allem die folgenden drei objektivierenden (über den personalen Einzelgeist hinaustragenden) geistigen Phänomene auftreten:

aa) Alle Lebensbeziehung zwischen psycho-physischen Wesen hat in der sozialen Situation die Eigenart, daß trotz aller Ichgebundenheit der Einzelakte ein Mehr und ein Aliud entsteht, das nicht die bloße Summe der addierten Einzelakte ist, sondern im sozialen Miteinander als Komplex eigene Qualitäten gegenüber den Qualitäten seiner Elemente hat[41]). Jeder Geistesakt des Einzelgeistes ist also im sozialen Miteinander von vornherein seelisch potenzierter Geistesakt und konstituiert mit diesem gewissermaßen „überschießenden" („objektiven") Teil geistige Sozialität.

bb) Alle Lebensbeziehung zwischen psycho-physischen Wesen hat ferner die Eigenart, sich, um überhaupt eine erwartete Antwort und ein erwartetes Verstehen zu finden, in einer Bedeutung (einem „Sinn") zu objektivieren[42]). Jede soziale Beziehung geistiger Art reicht damit in den Bereich objektiven, d. h. außerpsychischen, ideellen Sinnes hinein[43]).

cc) Jede solche Objektivierung des Geistesaktes entnimmt aber ihren Sinngehalt (fast ausschließlich) bereits vorgedachtem und anderweitig gedachtem Geist und hat diesen zur Voraussetzung. Jeder personale Geist, der in „sozialer Korrespondenz" (Freyer) ist, der Antwort und Verstehen sucht, benutzt Sinngehalte, die auch den anderen geistig zugänglich, also „objektiv" vorhanden und gemeinsam sind. Daß solche Objektivierungen als echte formgewordene „Objektivationen" dort gegeben sind, wo eine körperliche Verfestigung vor sich ging (Schulbeispiele: Literatur, Kunstwerk), kann wohl von niemandem angezweifelt werden. Aber auch jeder geistige Besitz, der ohne materiellen (verkörperlichten) Niederschlag einer Menschengruppe als „Gedankengut" gemeinsam ist, ist objektiv vorhanden und liegt durch „soziale Vermittlung" (Litt) und zur erneuten „sozialen Vermittlung" latent bereit.

---

[41]) Hans Freyer, Theorie des objektiven Geistes, 1923 S. 81 spricht hier von der „sozialen Synthese". Übrigens ist verwunderlich wie das spekulative Denken selbst ein solches Urphänomen des Sozialen ignoriert hat, obwohl es doch ganz schlichte Empirie ist, daß, wenn auch nur zwei zusammen etwas tun, es etwas „anderes" ist, als wenn nur der eine und der andere es für sich tun.

[42]) Vgl. dazu Freyer, Theorie des objektiven Geistes, S. 13ff. und daran anschließend Litt, Individuum und Gemeinschaft S. 58.

[43]) Vgl. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 21: „Jeder geistige Austausch führt unvermeidlich in die Bereiche des zeitlosen Sinns hinein, die er zugleich voraussetzt . . ."

V. Wie man diesen geistigen Besitz, der (materiell vergegenständlicht oder nur geistig wirklich) einer Menschengruppe gemeinsam ist, bezeichnet, ist von sekundärer Wichtigkeit. Man kann etwa (mit Litt[44]) von einem „Sinngefüge" sprechen, welches das Leben der Gemeinschaft durchzieht; man kann auch (mit Apelt[45]) von einem „bestimmten Kulturgut" einer Gemeinschaft sprechen, sofern man nur das Wort „Kultur" in seiner weitesten und allgemeinsten Bedeutung nimmt und es nicht etwa im konventionellen Sinne mit „Literatur" udgl. identifiziert[46]). Aller Bedenken durchaus bewußt, mit denen der Begriff geistesgeschichtlich belastet ist, möchten wir mit Hans Freyer[47]) und vor allem mit Nicolai Hartmann[48]) nach wie vor diese geistige Realität, die in einer Gemeinschaft wirksam ist, als „objektiven Geist" bezeichnen (eine Bezeichnung, die sich in neuerer Zeit auch Ulrich Scheuner noch zu eigen macht[49]).

1. Dieser objektive Geist ist nichts Spiritualistisches, ist nichts „frei Schwebendes". Er ist getragener Geist, und zwar getragen von Schichten niederen Seins, die oft sogar bis zur niedrigsten Schicht — der Materie[50]) — hinabreichen. Das Volk nun ist gewiß nicht der allein mögliche und nicht einmal der zahlenmäßig häufigste Träger des objektiven Geistes, aber es ist in staatstheoretischer Sicht jedenfalls nach wie vor der normale Träger des objektiven Geistes. In jedem Volk lebt zu jeder Zeit ein bestimmter Geist als der seinige, und dieser jedem Volk eigentümliche Geist begründet nach außen die unterschiedliche Eigenart (was etwas ganz Konkretes ist und jeder erfährt, der in ein fremdes Land kommt), und begründet nach innen die Gesamtheit (was

---

[44]) Vgl. Individuum und Gemeinschaft, S. 189. (Die Terminologie Litts wechselt, vgl. aaO. S. 184: „Gefüge von ideell-zeitlosen Sinnbezügen"; S. 179 „ideelles Bedeutungsgefüge"; S. 185 „Werkgefüge der Kultur").

[45]) Vorlesungsnachschrift (vgl. Anm. 30) S. 2.

[46]) Vgl. Harry Elmer Barnes, Soziologie und Staatstheorie, deutsch 1927, S. 69ff. Die dort genannte Literatur ist im vorliegenden Bericht noch nicht berücksichtigt.

[47]) Theorie des objektiven Geistes, 1923.

[48]) Das Problem des geistigen Seins, 2. Aufl. 1949, durchgehend; bes. S. 175ff. AaO. S. 75 spricht Hartmann selbst von einem „leider schwer ersetzbaren" Terminus, der mit „überspannten Vorstellungen belastet ist" („Gefahr der Hegelschen Geistmetaphysik"). Vgl. auch das insoweitige Sichabsetzen von Hegel bei Freyer, aaO. S. 11.

[49]) Kölner Z. f. Soziologie 4, 212. Franz W. Jerusalem, Der Staat, 1935 S. 1ff., der ebenfalls geistig auf Dilthey und Freyer aufbaut, spricht von „Gemeingeist", ohne aber eigentlich zu sachlichen Unterschieden zu dem, was Nicolai Hartmann „objektiven Geist" nennt, zu gelangen. Der Berichterstatter ist sich bewußt, daß die Abneigung gegen den hier verwendeten Ausdruck mancherorts so stark sein kann, daß sein Anliegen überhaupt auf Ablehnung stößt.

[50]) Z. B. ist das „Aufruhen" des vergegenständlichten, formgewordenen objektiven Geistes auf der Materie ganz evident.

ebenfalls schlichte Erfahrungstatsache ist). Der objektive Geist eines Volkes wirkt also nach außen „individualisierend", nach innen „unierend".

2. Wie der objektive Geist demnach nicht unabhängig von der Vitalsphäre ist, so ist er auch nicht absolut unabhängig vom personalen Geist der Individuen, und es ist keine Rede davon, daß der objektive Geist selbst ein „Wesen" hinter den Individuen sei, das den personalen Geist der Individuen „verschluckt", bedingungslos „treibt", „überlistet" oder irgendwie entwertet[51]). Der objektive Geist ist durchaus durch den Geist der Einzelpersonen bedingter Geist (ebenso wie der personale Geist sich als durch den objektiven Geist bedingt erwies)[52]).

3. Aber der objektive Geist ist, eben weil er, wie dargetan, nicht quantitativ summierter Einzelgeist, sondern in der sozialen Situation immer qualitativ andersartiger Geist ist, relativ unabhängig vom personalen Geist. Und nur dadurch lassen sich m. E. folgende weitere Urphänomene des Sozialen erklären, deren Erhellung auch für das uns beschäftigende konkrete Problem wichtig ist:

a) Der objektive Geist braucht zwar notwendigerweise Individuen als Träger, aber er ist unabhängig vom Wechsel der (jeweiligen) Individuen. Er ist nicht wie der personale Geist an Leben und Tod der Personen gebunden. Nur er ermöglicht daher die Erklärung des sozialen Phänomens des Kontinuums einer sozialen Einheit trotz wechselnden personalen Bestands[53]). Das bedeutet für unser konkretes Problem, daß das Kontinuum der Einheit Deutschlands von vornherein nicht zeitlich durch (biologischen) Personenwechsel befristet ist, und bedeutet insbesondere, daß es nicht entfallen muß, wenn sich die Generation ausgewechselt hat, die diese Einheit noch in ihrer vollständigen institutionellen Staatlichkeit erlebte.

b) Zum anderen ist der objektive Geist relativ unabhängig von Erlebnisakt und Erlebnisinhalt des personalen Geistes der konkreten jeweiligen Individuen. Daraus erklären sich zwei soziale Teilphänomene:

---

[51]) In diesem Zusammenhang muß man sich überhaupt, will man nicht in den Fehler des deutschen Idealismus zurückverfallen, freihalten von Bewertungen. Der überindividuelle objektive Geist ist keineswegs höherwertig als der personale Geist und ist im großen geistesgeschichtlichen Kampf „Individualismus — Universalismus" nicht als Argument zugunsten der Ganzheitstheorien, die im Sozialallgemeinen das wertmäßig Allgemeine sehen, verwendbar.

[52]) Vgl. Nicolai Hartmann, aaO. S. 200: „Zwischen personalem und objektivem Geist ist das Tragen und Getragensein ein gegenseitiges."

[53]) Vgl. dazu Litts Schaubilder zum „geschlossenen Kreis" (aaO. S. 111ff.) und zur „Erweiterung (Ausdehnung) des geschlossenen Kreises" durch „soziale Vermittlung" (aaO. S. 142).

aa) Da ein bei jedem Individuum vorhandener auf Gemeinsamkeit gerichteter Einzelgeistesakt nicht konstituierendes Begriffsmerkmal (gewissermaßen zur Erreichung der Summe unerläßlicher Addend) ist, erklärt sich das Phänomen des Kontinuums der sozialen Einheit trotz „ruhenden" („inaktiven") Einzelgeistes. Diese Erkenntnis, mit der sich die Staatstheorie seit jeher unter dem Problemkreis des „schlafenden Staatsbürgers" auseinandergesetzt hat[54]), bedeutet für unser konkretes Problem, daß das Kontinuum der Einheit Deutschlands nicht dadurch beseitigt wird, daß der personale Geist eines Teiles der Individuen „ruht". Das an sich selbstverständliche soziale Phänomen, daß die soziale Einheit existent ist und bleibt, auch wenn sie nicht von allen geistig vollzogen wird, wäre nicht erwähnenswert, wenn nicht die durch ein totalitäres System „Entmündigten" den schlafend Bewußtlosen gleichzusetzen wären. Diese wie jene aber beseitigen weder die Gegebenheit überindividuellen objektiven Seins noch lassen sie sich gegen das Kontinuum der geistigen Einheit in das Feld führen.

bb) Dieser Unabhängigkeit des objektiven Geistes vom konkret-individuellen Erlebnisakt entspricht seine relative Unabhängigkeit vom Erlebnisinhalt des personalen Geistes der Individuen. Es ist eine schon ziemlich alte Erkenntnis der Phänomenologie, daß personale Geistesinhalte nicht unbedingt parallel oder zueinander hinzulaufen brauchen, um geistig einheitsbildend und einheitserhaltend zu wirken, und daß auch ein Gegeneinanderstehen der Geister in Modalitäten des Anzustrebenden noch nicht als solches dissoziierend wirkt[55]). Solange nicht die Gegensätze so scharf sind, daß überhaupt ein Gemeinsames, über dessen Modalitäten der Gestaltung man streitet, fehlt, bedeutet innere Entzweiung keine Auflösung der Erlebniseinheit. Wirklich dissoziierend wirkt dann nicht die geistige Auseinandersetzung, sondern nur die gleichgültige Indifferenz. Dies bedeutet für unser konkretes Problem, daß auch die Auseinandersetzungen über die Modalitäten, wie der Gesamtstaat Deutschland künftig ausgestaltet werden soll, so lange nicht das Kontinuum der Einheit zerstören, als nicht an Stelle der Auseinandersetzung indifferente Gleichgültigkeit tritt[56]).

---

[54]) Vgl. etwa Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 2. Aufl. 1928, S. 9; Nawiasky, Allgem. Staatsl. Bd. I S. 25; Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 5.

[55]) Vgl. Litt, aaO. S. 118ff.; 125ff.; 224ff.

[56]) Und solange nicht ein Auseinanderfallen durch geistige Indifferenz eintritt, müßte man wohl selbst bei räumlichem Zerbrechen der deutschen Einheit mit Litt (aaO. S. 126) noch feststellen: „Aufheben läßt sich das, was der Bedingung der Räumlichkeit untersteht: das Zusammensein, Zusammenwerden, Zusammenwirken, nicht aufheben läßt sich das, was über alle Räumlichkeit hinausreicht: das Zusammengehören."

4. Im übrigen aber mündet der angestellte kurze sozialphänomenologische Versuch einer Grundlagenforschung durchaus in der Erkenntnis, daß sich der in einem Volk wirkende überindividuelle objektive Geist nicht definieren, sondern nur beschreiben läßt. Aus denktechnischen Gründen wird diese Beschreibung (seinsmäßig an sich Untrennbares gedanklich zerlegend) einmal den objektiven Geist im „Querschnitt" zu erfassen haben, so daß man das Substrat (die Gegenstände der Seinsweise des objektiven Geistes) erkennt, und wird zum anderen die Seinsweise selbst, also den Lebensprozeß des objektiven Geistes zu betrachten haben. Der Beschreibungsversuch benützt dabei, um der Themenstellung gerecht zu werden, als konkretes Modell das Sozialgebilde „Deutschland" und kann m. E. überhaupt nur an einem konkreten Modell und nicht in Form hypothetischer Fragestellung erfolgen.

VI. Beginnt man zunächst mit dem Substrat des objektiven Geistes, so ergibt sich im Anschluß an die (keinesfalls wertmäßig zu verstehende) Stufenschichtung des Seins folgende grobe und ausbaubedürftige Übersicht:

1. Aus dem außergeistigen Sein sind folgende Sachgehalte des objektiven Geistes, die (über seine noch zu besprechende Seinsweise) Wirkkräfte der geistigen Einheit bilden, feststellbar:

a) Es gibt eine biologisch-organische Zusammengehörigkeit der deutschen Menschen. Niemand wird mehr in Lehren zurückverfallen wollen, wonach das Bluterbe, d. h. der vererbte körperliche Habitus, ein entscheidendes Konstitutionsmerkmal für geistige Einheit sein könne[57]). Ich meine die ganz schlichte Tatsache der Familienverwandtschaften, die sich als unübersehbar dichtes Netz zwischen West- und Mitteldeutschland spannen. Alle Versuche, diese elementarmenschlichen Beziehungen zu unterbinden, erwiesen sich jedenfalls als ergebnislos und führten nur zum Ausweichen in die „Illegalität". Ein exakter soziologischer Befund würde dabei vermutlich übrigens ergeben, daß die Millionen der aus den Ostgebieten vertriebenen und jetzt zerstreut in Restdeutschland lebenden Familien die entscheidende Potenz bilden, die die rein menschliche Gemeinsamkeit ständig realisiert.

b) Es gibt eine räumliche Zusammengehörigkeit der deutschen Menschen. Auch hier kann man auf Übertreibungen der Geopolitik (Schlagwort: „Schicksalsraum") verzichten, um dennoch anerkennen zu können, daß der Raum Gegenstand geistiger Gemeinsamkeitserlebnisse mindestens dann ist, wenn er, wie das

[57]) Vgl. die überzeugenden Einwendungen gegen die Rassentheoretiker bei Nawiasky, Allgem. Staatsl. Bd. II S. 40ff. und Heller, Staatslehre, S. 148ff.

deutsche Lebensgebiet, gleichzeitig ein Kulturprodukt ist, also zur geographisch-physisch keineswegs mehr allein erfaßbaren „Heimat" gestaltet ist. Dieser Sachgehalt einer gemeinsamen Heimat (eines gemeinsamen „Vaterlandes" im wörtlichen Sinne) ist aber ebenfalls ganz schlicht und konkret nach wie vor feststellbar, wobei sich auch hier übrigens gerade das Faktum einer millionenfach verlorenen Heimat als zusammenführende Wirkkraft für die Gemeinsamkeit des verbliebenen Vater-Landes erweist.

c) Es gibt (bereits mit geistigem Seinsstoff verzahnt) einen gemeinsamen deutschen Kultur-„besitz" im dinglichen Sinne. Hierunter verstehen wir jeglichen in der Materie verkörperlichten Niederschlag des Geistes; also reichend vom aufgeschriebenen Volkslied bis zur Symphonie, von der Hausgiebelform bis zum Münster, vom Volksmärchen bis zum Drama usw.

2. Aus dem geistigen Sein sind folgende Wirkkräfte der geistigen Einheit feststellbar:

a) Die vorhandene Gemeinsamkeit der Sprache als einheitsbildendes und -erhaltendes Bindemittel bedarf kaum der Erörterung. Die Sprache ist geradezu der Schulfall für ein Gebilde des objektiven Geistes, und am Beispiel der Sprache wird seit jeher das charakteristische Wechselverhältnis zwischen individuellem und objektivem Geist veranschaulicht[58]).

b) Einheitsbildender und -erhaltender Sachgehalt des geistigen Seins ist ferner die gemeinsam (wenn auch meist unfreiwillig) durchlebte Geschichte. Ich meine hier noch nicht jene große „objektive geistige Tradition", die den Gesamtgehalt des kulturellen Seins umfaßt, sondern schlicht das aus der Vergangenheit aktuell nachwirkende psychologisch-geistige Gemeinsamkeitserlebnis einer Schicksalsgeneration, also vor allem die Gemeinsamkeit zweier durchlebter Kriegs- und Nachkriegszeiten, die Gemeinsamkeit von Furcht, Not und Leid und den daraus entstammenden Not- und Wahlverwandtschaften[59]).

c) Unter Außerachtlassung von anderen gemeinsamen Sachgehalten des objektiven Geistes (wie Sitte, Brauch, Ästhetik, Gefühlsüberzeugung usw.) verdient die Gemeinsamkeit der christlichen Religion besondere Erwähnung. Was im Glaubensgut wesensmäßig übernational wirkt, erweist sich folgerichtig auch trennungsfeindlich im nationalen Bereich, wodurch es sich erklärt, daß auch die Institutionen (Organisation, Mitgliederbestand) der Religionsgemeinschaften in der konkreten Situation Deutschlands besonders wirksam zur Erhaltung der nationalen Einheit sind.

---

[58]) Vgl. N. Hartmann, aaO. S. 212ff.; Freyer, Theorie, S. 65.

[59]) Dieser Gemeinsamkeit kann man sich m. E. überhaupt nur durch bewußten Austritt aus der Altgemeinschaft entziehen (vgl. auch Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 16).

3. Im Ganzen des objektiven Geistes ist das geltende Recht ein (wenn auch weitgehend verselbständigtes, so dennoch nie davon zu lösendes) Teilgebiet der geistigen Wirklichkeit, ist es eine Schöpfung[60]) des objektiven Geistes. Ein gemeinsam geltendes Recht ist wegen der Statik, die allem Normativen der Tendenz nach innewohnt, selbstverständlich besonders wirksam zur Erhaltung des Kontinuums der Einheit. Dabei ist von vornherein wichtig, daß das Kontinuum der Rechtseinheit selbst nur dann beseitigt ist, wenn abweichendes Recht auch wirklich im materiellen Sinne „gilt". Eine fremdbestimmte, von Usurpatoren oktroyierte Auseinanderentwicklung in der Rechtseinheit ist erst dann kontinuitätszerstörend, wenn die Rechtsunterworfenen im Ganzen genommen[61]) dieses abweichende Recht gutheißen und als das ihrige anerkennen[62]).

a) Feststeht jedoch, daß als Phänomen des objektiven Geistes nach wie vor eine Gemeinsamkeit der Grundeinstellung zum Soseinsollen vorhanden ist. Allein diesem gemeinsamen (gesamtdeutschen) Bewußtsein des Soseinsollens möchten wir den Begriff des „ordre public" vorbehalten[63]). Von spezifisch politisch bedingten Straftatbeständen abgesehen, ist Gemeinsamkeit in der Auffassung darüber vorhanden, was als crimen und als Kriminalunrecht anzusehen ist. Es besteht bei aller Reserve gegenüber förmlicher Übereinstimmung der Texte[64]) dennoch sicher im Be-

---

[60]) Dazu, daß es dabei keineswegs nötig ist, ein hypothetisches Vorstadium der Rechtlosigkeit und Gemeinschaftslosigkeit anzunehmen, vgl. N. Hartmann, aaO. S. 211.

[61]) Was natürlich nicht zu heißen braucht, daß der Einzelne die einzelne Bestimmung bewußt will. Es bietet sich als quantitative Größe die „Majorität" an. So etwa Vedel, Droit Constitutionnel, S. 281, im Falle der Vichy-Regierung als „gouvernement d'usurpation".

[62]) Vgl. etwa Heller, Staatslehre, S. 258: „Die staatliche Normsetzung schafft . . . zunächst noch kein geltendes Recht, sondern nur den Plan eines in der Zukunft erwünschten Rechts." („Offerte", die das Leben ablehnen kann); Hermann Jahrreiß, Berechenbarkeit und Recht, 1927 S. 19 spricht hier vom autorisierten Befehl als „Experiment". Dieser Experimentiercharakter scheint uns für die ostzonale Rechtssetzung trotz aller übersteigerten Zwangsbewehrtheit (und rechtsphilosophisch gesehen: eben deshalb) geradezu typisch zu sein. In der Bundesrepublik liefert der hessische Sozialisierungsversuch den Schulfall für das Fiasko einer Normsetzung (zuletzt dazu Dürig, DÖV 53, 129ff.; dort auch die These, daß die Verfassung der DDR z. B. nicht die rechtliche Kraft hatte, das Eigentum zu verlagern, wo der status quo der Eigentumsverteilung noch im Gesamtvolk gelebte Kulturtatsache — Faktizität — war und ist).

[63]) Es war m. E. eine Fehlentwicklung, daß westdeutsche Gerichte den Gesichtspunkt des „ordre public" auf sowjetzonales Recht angewendet haben. Es ist kaum ein Fall erkennbar, der nicht einfach mit der gebietshoheitlich begrenzten Geltung der Norm hätte gelöst werden können, um dennoch unseren fundamentalen Rechtsprinzipien Genüge zu tun.

[64]) Alle vom Wortlaut ausgehende Rechtsvergleichung ist wegen der tiefgreifenden Abweichung der Rechtswirklichkeit von der Norm in ihrem

wußtsein der mitteldeutschen Menschen eine Gemeinsamkeit über die materiellen Grundpfeiler, auf denen unser Privatrechtssystem aufgebaut ist[65]), — nämlich Einehe, elterliche Gewalt, Vertragsfreiheit, Privateigentum und Erbrecht[66]).

b) Gegenüber dieser Gemeinsamkeit in der Auffassung, daß wesentliche Seinsgesetze des menschlichen Gemeinschaftslebens auch so sein sollen, hat die Gemeinsamkeit im (aus früherer perfektionierter Staatlichkeit nachwirkenden) Organisationsrecht an sich zweitrangige Bedeutung. Die im folgenden erwähnten Gemeinsamkeiten sind keine unentbehrlichen Sachgehalte geistiger Einheit, sondern nur Integrationsfaktoren organisierter Staatlichkeit, deren Vorhandensein zweifellos auch staatseinheitserhaltend wirkt, die aber über Existenz oder Nichtexistenz des Kontinuums nicht entscheiden, sondern nur Indizien für Kontinuität oder Diskontinuität abgeben.

Es gibt (auch formal verfassungsmäßig anerkannt[67]) eine einheitliche deutsche Staatsangehörigkeit, mit der wichtigen Folge, daß jeder Deutsche im ganzen Gebiet als Inländer betrachtet wird, und daß auch im Ausland (etwa bei Wahrung deutscher Interessen) von den diplomatischen Vertretungen der Bundesrepublik allen Deutschen Hilfe geleistet wird, „gleichgültig ob sie aus Weimar oder Wiesbaden stammen"[68]). Man leistet sich (immer von spezifisch politisch akzentuierten Fällen abgesehen) nach wie vor Amts- und Rechtshilfe, anerkennt Justiz- und Verwaltungsakte, errichtet keine Zollgrenzen, erhebt postalisch Inlandsporto usw.[69]).

Wortsinn von vornherein nur mit Vorbehalten möglich. Vgl. dazu etwa Martin Drath, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit in der sowjetischen Besatzungszone, 1954, S. 14ff.

[65]) Diese in geradezu klassischer Form herausgestellt zu haben, ist das Verdienst von Gustav Boehmer in seiner Abhandlung über Art. 154 der WeimVerf. (Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. III S. 250ff., bes. S. 255f.).

[66]) Über die bereits eingetretene — und fraglos fortschreitende — Auseinanderentwicklung des Zivilrechts vgl. zuletzt: Arwed Blomeyer, Die Entwicklung des Zivilrechts in der sowjetischen Besatzungszone, 1950. Das tiefste, weil praktisch am schwersten zu reparierende Rechtsgefälle ist durch die (z. T. rein politisch bedingte) Eigentumsneuverteilung eingetreten (vgl. etwa Krömer, Die Sozialisierung in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands als Rechtsproblem, 1952). Hier möge die Feststellung genügen, daß es jedenfalls die Verfassung der DDR nicht wagen konnte, das Privateigentum als solches anzutasten. Die Unterschiedlichkeit der Eigentumsverfassung harrt im übrigen längst einer monographischen Untersuchung.

[67]) GG: Art. 16, 116; VerfDDR: Art. 1 IV.

[68]) Eberhard Menzel, Europa-Archiv 54, 6615.

[69]) Vgl. dazu Ulrich Scheuner, DVBl. 50, 483f. mit weiteren und noch vermehrungsfähigen Beispielen. Es sei aber noch einmal wiederholt, daß es keinesfalls tief genug angesetzt ist, wenn man allein von diesen organisatorischen Gemeinsamkeiten auf das Kontinuum der Einheit Deutschlands schließt und umgekehrt ihren Wegfall als unbedingt kontinuitätszerstörend

4. In der vom außergeistigen zum geistigen Sein verlaufenden Stufenschichtung folgt als letzter Sachgehalt des objektiven Geistes die geistige Realität der Idee. Uns beschäftigt dabei weder die Lehre vom „Staat als Idee"[70]), noch die Lehre von den „Staatsideologien" (d. h. vom staatlichen Ideal), sondern lediglich die phänomenologische Fragestellung, ob es als geistigen Wirkungsfaktor noch ein gemeinsames deutsches Richtungsbewußtsein gibt, und — dem Thema folgend — ob diese Bewußtseinsrichtung auf nationale Einheit zielt. Es ist hier auch nicht der Ort, das deutsche Schwanken zwischen Extremen vom fehlenden Nationalbewußtsein zum übersteigerten Nationalbewußtsein („Nationalismus") historisch zu analysieren[71]). Jedenfalls läßt sich jenseits alles Emotionalen, das vielleicht etwa im Begriff der „Reichsidee" mitschwingt, schlicht empirisch als geistige Realität und als einheitswahrender Wirkungsfaktor ein gemeinsames Bewußtsein in Richtung eines menschlichen und historischen deutschen Zusammengehörens feststellen. Denn was in der konkreten Situation Deutschlands heute unter dem Gedanken der „Wiedervereinigung"[72]) verstanden wird, ist nichts anderes als der Gedanke, daß dieses als geistiges Faktum vorausgesetzte Zusammengehören auch wieder zum vollständigen staatlich organisatorischen Zusammenwirken erstarken soll, und ist somit nichts anderes als die Bestätigung eines vorhandenen gemeinsamen Nationalbewußtseins. Dabei sei noch einmal (die schon erwähnte allgemeine Erscheinung der geistigen sozialen Einheit) hervorgehoben, daß auch eine Idee (hier: eine Nation zu sein) nicht deshalb die Eigenschaft der Gemeinsamkeit verliert, weil Differenzen über ihre Realisierung bestehen[73]). (Nicht Differenzen vernichten, sondern Indiffe-

---

ansprechen würde; wenn man also etwa in juristischer Verengung argumentierte: Solange es (und nur solange es) deutsche Staatsangehörigkeit, Inlandsporto usw. gibt, gibt es die staatliche Einheit Deutschlands. Das gleiche gilt, ohne auch deren (sachliche) Integrationswirkung (im Sinne Smends, aaO. S. 45ff.) zu unterschätzen, von der Gemeinsamkeit der „Symbole" (Farbe, Hymne).

[70]) Vgl. dazu neuestens Nawiaskys Staatsideenlehre, aaO. Bd. I S. 29ff., 69ff., deren Berechtigung als selbständige Lehre Drath, Festschr. f. Smend S. 57, vom Standpunkt einer Staatslehre als Sozialwissenschaft aus bestreitet.

[71]) Vgl. zuletzt hierzu: Scheuner, Nationalismus und Staatsbewußtsein in Deutschland, in Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. IV (1953) S. 341ff.

[72]) Vgl. etwa das „Manifest" der Volksbewegung für die Wiedervereinigung „unteilbares Deutschland" (in SBZ-Arch. 54 Nr. 12).

[73]) Freilich können auch Gegensätze so scharf werden, daß eine Gemeinsamkeit des zu Realisierenden überhaupt entfällt. Man denke an den hypothetischen Fall, daß die Menschen der sowjetisch besetzten Zone im Gegensatz zur westdeutschen Bevölkerung eine Einheit ohne Freiheit und Menschenwürde erstreben würden. Mit (in der Tat vorhandenen) unterschiedlichen Auffassungen über die zeitliche Folge der Wertrealisierung von Einheit und Freiheit aber entfällt die Gemeinsamkeit der deutschen Nationalidee ganz sicherlich noch nicht.

renz vernichtet die Gemeinsamkeit des deutschen Nationalbewußtseins.)

VII. Bei der Beschreibung der Sachgehalte des objektiven Geistes haben wir bisher einen denktechnischen Kunstgriff angewendet, denn wir haben „punktuell" gedacht und sind damit dem Phänomen des objektiven Geistes noch keineswegs gerecht geworden. Da man im Bereich geistigen Seins selbstverständlich nicht mit dem biologischen Vorgang der „Vererbung" arbeiten kann, fehlt also noch die Erklärung dafür, wie diese (beispielhaft am konkreten Modell Deutschland) geschilderten Sachgehalte „wandern", wie sie objektiv und überindividuell zu „überdauern" vermögen.

1. Diese Seinsweise des objektiven Geistes, dieses Wirken, das die geschilderten Sachgehalte erst mit geistigem Leben erfüllt, geschieht durch Tradition (tradere)[74]. Von seiten des individuellen Geistes erscheint dieses Tradiertwerden von vorgefundenem geistig Gemeinsamen in den verschiedensten Stärkegraden, die etwa vom still-selbstverständlichen Hineinwachsen und Umgebenwerden über mühsam intellektuelles Erlernen und Erzogenwerden bis zum elementaren Sichmitreißenlassen und Erfaßtwerden reichen. Immer aber ist es der gleiche Vorgang des Übernehmens eines latent bereitstehenden Geistesgutes, sei es, daß sich dieses im wörtlichen Sinne objektiviert hat, sei es, daß es nur immateriell (als Gedankengut) zur Verfügung steht. Diese „objektive geistige Tradition" — „Tradition" also einmal als vorgefundener Sachgehalt bereits tradierten Geistesgutes und zum anderen als Vorgang des Tradierens selbst verstanden — ist das entscheidende Schöpfungs- und Erhaltungselement jeder sozialen Einheit, ist die gemeinsamkeitsbegründende und -erhaltende geistige Realität der sozialen Wirklichkeit.

2. Für denjenigen, der überhaupt gewillt war, auf den Boden der ontologisch-phänomenologisch orientierten Philosophie zu folgen[75]), ist es von der hier erreichten Stelle unseres Versuches aus kein großer Schritt mehr, in dieser „objektiven geistigen Tradition" auch das entscheidende (wenn man will: „vierte") „Staatselement" anzuerkennen. Ich möchte dem Vorhergegangenen gemäß anregen, diesen Schritt zu tun. Es werden dabei, wie

[74]) Am Beispiel der Sprache besonders überzeugend veranschaulicht bei N. Hartmann, aaO. S. 212ff.

[75]) Der Einfluß, den etwa N. Hartmanns hier laufend zitiertes Werk noch ausüben wird, kann gar nicht überschätzt werden. Er macht sich derzeit schon selbst im rein praktisch orientierten öffentlich-rechtlichen Schrifttum bemerkbar (vgl. z. B. Hahn, Praktische Kommunalverwaltung, 1954 S. 9ff.). Vgl. aus jüngster Zeit etwa auch Ridder, Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte Bd. II (1954) S. 263 mit Anm. 71.

dargelegt, die bisher anerkannten physischen Staatselemente (Gebiet und Volk) keineswegs aus dem Staatsbegriff eliminiert, sondern überhöht[76]).

Aber der Staat wird als Wirklichkeit des sozialen Lebens dort erfaßt, wo es m. E. allein möglich ist, nämlich im Bereich des geistigen Seins. In Kauf nehmen muß man nach hier vertretener Auffassung lediglich, daß sich in diesem Bereich des geistigen Seins die geistige Wirklichkeit der Staatsgewalt nur als Teilerscheinung und die institutionelle Verfestigung nur als Moment des überindividuellen geistigen Seins darstellen. An dieser Relativierung des gewohnten organisatorisch-normativen Ausschließlichkeitsanspruches kann naturgemäß großer Widerspruch ansetzen. Aber, und das sei klar betont, diese Relativierung bedeutet ja nicht, daß ohne normativ-institutionelle Verfestigung eine Staatsgründung möglich wäre; sie verkennt auch nicht, daß oft das Institutionelle erst die „objektive geistige Tradition" schafft; und bestreitet schließlich nicht, daß bei endgültigem Zerbrechen der institutionellen Verfestigung der Staat trotz vorhandener objektiver geistiger Tradition untergeht und nur durch Neugründung rechtlich wieder „aufleben" kann. Aber — und ebendies ist die konkrete deutsche Situation — die als Staatselement aufgefaßte „objektive geistige Tradition" eröffnet m. E. schlüssig die theoretische Einsicht, daß ein Staat als Staat „überdauern" kann, trotz Suspendierung organisatorischer Staatlichkeit und stark gelockerter institutioneller Verfestigung. Wenn man die „objektive geistige Tradition" als Staatselement anerkennt, dann hat man m. E. eine befriedigende Erklärung dafür gefunden, daß überhaupt Staaten Revolutionssituationen und „heiße" Bürgerkriegssituationen mit den bekannten mannigfaltigen dabei auftretenden Erscheinungen der faktisch fehlenden, der rivalisierend ausgeübten, der usurpierten usw. Staatsgewalt als Staaten überdauern können, ohne daß danach, solange es auf das Selbstverständnis der Staaten und nicht auf die (völkerrechtliche) Auffassung fremder Staaten ankommt, Identitätsprobleme, geschweige Rechtsnachfolgeprobleme auftauchen. Dann aber hat man auch die staatstheoretische Erklärung für die Möglichkeit gewonnen, daß in der konkreten Situation Deutschlands trotz nicht einheitlich ausgeübter Staatsgewalt, trotz zweier rivalisierender Regierungen, trotz einer sog. „kalten" Bürgerkriegssituation keine Diskontinuität im Fortbestand des gemeinsamen bisherigen Staates eintreten muß. Eben einen solchen staatstheoretischen Nachweis aber glaubten wir versuchen zu müssen, da das selbst noch auf einzelstaatlicher Grundlage ruhende

[76]) Es ist daher z. B. nach wie vor daran festzuhalten, daß Annektion trotz vorhandener objektiver geistiger Tradition zum rechtlichen Untergang des Staates führt, so daß ein ideelles Anknüpfen an diese kontinuierliche Tradition rechtlich eine Staatsneugründung ist.

Völkerrecht keine für alle Staaten verbindlichen Maßstäbe für den Untergang eines Staates als solchen aufzustellen vermag[77]).

VIII. Nun hätten im konkreten Fall Deutschland selbstverständlich die Besatzungsmächte mit konstitutiver rechtsvernichtender Wirkung über das Kontinuum der staatlichen Einheit Deutschlands entscheiden können. Und da wiederholt hervorgehoben wurde, daß trotz des vorhandenen Staatselements einer „objektiven geistigen Tradition" das Kontinuum endet, wenn der Staatsuntergang durch Fremdbestimmung bewirkt wird (so daß dann nur eine Staatsneugründung in Betracht kommt), bleibt diese besatzungsrechtliche Frage noch erörterungsbedürftig.

1. Da mit der herrschenden Meinung daran festzuhalten ist, daß das Jahr 1945 nicht zum Untergang Deutschlands als Staat führte, und da sich auch für die Folgezeit (bis 1948), in der die Alliierten in der Staatsgewaltsausübung noch zusammenwirkten, keine vom Vernichtungswillen getragenen Erklärungen oder Handlungen gegen die staatliche Einheit Deutschlands nachweisen lassen[78]), stellt sich die Frage, ob in der völkerrechtlichen Behandlung[79]) der inzwischen entstandenen DDR einerseits und der Bundesrepublik andererseits von seiten der Besatzungsmächte eine solche die Kontinuität des Gesamtstaates zerstörende Fremdbestimmung zu erblicken ist. Dies wird man aus folgenden Gründen verneinen müssen:

a) Daß an sich Teilordnungen im Rahmen eines bestehenden Dachstaates völkerrechtliche Existenz und Handlungsfähigkeit haben können, ist eine vom Modell des Bundesstaates her geläu-

---

[77]) Vgl. Scheuner, Kölner Z. f. Soziologie 4, 210. Diese Ohnmacht des Völkerrechts zur Aufstellung begrifflicher Maßstäbe dafür, wann ein Staat untergegangen ist, hat an sich nichts mit der derzeitigen Auseinanderentwicklung in ein „Völkerrecht des Westens" und „Völkerrecht des Ostens" zu tun, sondern ist der Sache nach dadurch bedingt, daß ein noch auf dem Prinzip einzelstaatlicher Souveränität aufgebautes Völkerrecht immer nur den Staatsuntergang feststellen kann und demgemäß auch Rechtsfolgen nur an einen Tatbestand knüpfen kann, für dessen Erfüllung (hier: Effektivität des Untergangs) in erster Linie der betreffende Staat selbst die Maßstäbe liefert.

[78]) Speziell über die sowjetischen Auffassungen zur Deutschlandfrage unterrichtet die gleichnamige, nach amtl. Dokumenten dargestellte Schrift des Bundesmin. f. gesamtdeutsche Fragen, o. J. S. 18ff.

[79]) Die vorläufig (14. 10. 1954) erreichten Endpunkte der Entwicklung zur „Souveränität" sind einerseits die Erklärung der Sowjetregierung vom 25. 3. 1954 (nach ADN zit. in Europa-Archiv 54, 6534: nach TASS in AöR 79, 503) und andererseits der noch nicht ratifizierte („Bonner") Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den drei Mächten vom 27. 5. 1952 (BGBl. II, 54, 57). Wichtigster positivrechtlich geltender Vertrag: Londoner Schuldenabkommen vom 27. 2. 1953 (BGBl. II S. 331). Die Ergebnisse der Londoner Neunmächte-Konferenz sind noch nicht berücksichtigt.

fige Erscheinung, die nicht gegen die Existenz des Oberstaates spricht[80]).

b) Die Schwierigkeiten entstehen erst mit dem Identitätsproblem, weil es Identität begrifflich nur im Verhältnis zweier Größen zueinander geben und von zwei Größen nicht jede mit einer dritten identisch sein kann. Rechtslogisch kann es sich also, wenn man nicht rein fiktiv überhaupt die Realität zweier vorhandener Teilgebilde ignorieren will, von vornherein nur um einen Identitätsanspruch handeln, dessen Träger (Prätendenten) die beiden Teilordnungen sind, und dessen Inhalt auf alleinige Repräsentation des deutschen Gesamtstaates geht. Es wird also von dem nicht zu leugnenden Vorhandensein zweier Teilordnungen ausgegangen, die nach hier vertretener Ansicht im Rahmen eines weiterbestehenden Dachstaates existieren. Dabei ist jeder der beiden Teilordnungen die Rechtsqualität abzusprechen, identisch mit dem Deutschen Reich zu sein und ein konkurrierender Identitätsanspruch festzustellen, mit der Richtung, das Deutsche Reich zu repräsentieren. Damit hat die vom gestellten Thema nur mittelbar aufgeworfene Frage an sich nichts zu tun, welcher der erhobenen Ansprüche der begründete (legitime) ist. Der Ansatz zur Lösung dieser Frage wird sich m. E. nur im Wege einer rigorosen Vereinfachung finden lassen[81]).

---

[80]) Vgl. zum Problem: „Gliedstaaten als Völkerrechtssubjekte", Paul Guggenheim, Lehrb. d. Völkerrechts, 1948, Bd. I S. 275ff. Vgl. ferner: Alfred Verdroß, Völkerrecht, 2. Aufl. 1950, S. 82ff. L. Oppenheim, International Law (7. Aufl. hrsg. v. Lauterpacht) 1948, S. 167ff.; Hermann Mosler, Festschr. f. R. Thoma, 1950 S. 139. Vgl. auch die unter Leitung von Hans Schneider entstandene Diss. von Kurt Hallmayer, Die völkerrechtliche Stellung der deutschen Länder nach dem Bonner Grundgesetz, Tübingen 1954 ungedr.

[81]) Jeder Rechtsanwender in der Bundesrepublik (einschließlich des Bundesverfassungsgerichts) ist m. E. gehalten, auf dem Boden der (spätestens seit der ersten Bundestagswahl) als „legitimiert" anzuerkennenden bundesrepublikanischen Verfassungsordnung zu argumentieren, und ist daher — überspitzt ausgedrückt — im Streit um die Berechtigung der Ansprüche „Partei kraft Gesetzes". Dabei tauchen gewisse Schwierigkeiten deshalb auf, weil eben jenes Grundgesetz, auf dessen Boden alle deutschen Herrschaftsträger der Bundesrepublik zu argumentieren verpflichtet sind, sich selbst als durch deutsche Gesamtstaatlichkeit auflösend bedingtes Provisorium versteht. Es kann sich also nur um jene obersten Konstitutionsprinzipien unserer Rechtsordnung handeln, die, wie Art. 79 III GG in Verbindung mit Art. 1 und 20 erkennbar macht, als (axiomatisch) „zeitlos" zu denken sind. Hierzu gehören auf jeden Fall die Legitimation aller Staatlichkeit durch deren Relativierung vom Selbstzweck zum bloßen Mittel für Schutz und Achtung der Menschenwürde (Art. 1 I) und die Legitimation der staatlichen Herrschaft im Volkswillen (Art. 20 II). An diesen Maßstäben ist dann auch die Legitimität der Identitätsansprüche zu messen. Die Wissenschaft kann freilich in diesem Streit um Voraussetzungen kaum so selbstverständlich auf den Boden rechtlich positivierter Voraussetzungen, nur weil sie rechtlich positiviert sind, treten, wie es die Rechtsanwendung m. E. sogar tun muß. Aber da die sogenannte Voraussetzungslosigkeit

2a) Genau die gleiche Anspruchs**konkurrenz** aber spiegelt sich in der besatzungs- und völkerrechtlichen Ebene (nämlich einmal als Anerkennung des Anspruchs der DDR von Seiten der Ostblockstaaten und zum anderen als Anerkennung des Anspruchs der Bundesrepublik von seiten der westlichen Alliierten) wider. Eine Anspruchskonkurrenz aber, die (aus zeitbedingten politischen Gründen) von keiner übergeordneten gemeinsamen Instanz entschieden werden kann, läßt den Anspruchsinhalt insgesamt in der Schwebe. Die Ansprüche absorbieren sich vorläufig gewissermaßen gegenseitig und haben nicht die Kraft, die Kontinuität des Ganzen zu vernichten. Im Gegenteil scheint mir — wie jeder Prätendentenstreit letztlich den Streit**gegenstand** als existent bestätigt — ein Streit, das Ganze zu sein oder zu repräsentieren, im letzten eine **Bestätigung** des Vorhandenseins des Ganzen zu bedeuten.

b) Diese mehr rechtslogische Argumentation, wonach Deutschland trotz außerdeutscher Anerkennung zweier konkurrierender Identitätsansprüche als Einheit weiterexistiert, bestätigt sich induktiv und positivrechtlich. Von Seiten der Besatzungsmächte ist nämlich der Anspruch der beiden Teilordnungen bisher immer nur für das **Außen**verhältnis anerkannt worden, während das Innenverhältnis der Teilordnungen zu Deutschland als Ganzem entweder offengelassen oder ausdrücklich der zugestandenen „Souveränität" entzogen wurde[82].

der Wissenschaft wohl als geistesgeschichtlich überwunden gelten kann, wird jeder Wissenschaftler mindestens vom Boden einer **bestimmten Anthropologie** aus argumentieren müssen. Will er aber nicht mit zweitausend Jahren christlich-abendländischer Tradition brechen, so wird sich diese Anthropologie inhaltlich völlig mit Art. 1 I Satz 1 GG decken, wo sie als oberstes Konstitutionsprinzip unserer Rechtsordnung auch positivrechtlich unbezweifelbar gemacht ist. Wieder gesonderter Erörterung bedürfte dann die Frage nach territorialer und gegenständlicher Begrenzung selbst des begründeten (legitimen) Identitätsanspruches der Bundesrepublik. Besonders interessant ist dabei, daß die Saarverhandlungen doch wohl nur so gedeutet werden können, daß Frankreich die Bundesrepublik über ihr Gebiet **hinaus** als legitimiert anerkennt. Für die **gegenständliche** Befugnis, die der Bundesrepublik von den westlichen Alliierten im Verhältnis zu Gesamtdeutschland zugestanden wird, dürfte Art. 25 des Londoner Schuldenabkommens vom 27. 2. 1953 (BGBl. II S. 355) beispielhaft sein (nicht vollständige Vertretung mit absolut verbindlicher Wirkung, aber Vertretungsmacht mit immanenter „**Anpassungsklausel**").

[82]) Vgl. Bonner Vertrag Art. 2. Der in der Erklärung der Sowjetregierung vom 25. 3. 1954 (zit. nach TASS, AöR 79, 503) in Ziffer 3 Absatz II enthaltene Vorbehalt zugunsten „Gesamtdeutscher Fragen" macht jedenfalls im **Innen**verhältnis trotz der in Ziffer 1 enthaltenen Befugnis, „die gegenseitigen Beziehungen mit Westdeutschland nach eigenem Ermessen zu regeln", die „Souveränität" zur Scheinsouveränität und entspricht in der Wirkung durchaus dem offenen Vorbehalt in Art. 2 c des Bonner Vertrages zugunsten der alliierten Rechte, die „Deutschland als Ganzes" betreffen. Übrigens taucht der Begriff „Souveränität" in der Erklärung vom 25. 3. 1954 nicht auf. Nur die Tagespresse sprach von „Souveränität". Hier ist wichtig, daß die Erklärung erkennbar macht, daß das sowjetische

3. Auch in dieser fremdstaatlichen Sicht bleibt es also dabei, daß es für die Fortbestandsfrage nach wie vor auf das deutsche Selbstverständnis ankommt.

IX. Ein Letztes noch erscheint wichtig: Von der abstrakten sozialwissenschaftlichen und staatstheoretischen Aussage, daß die „objektive geistige Tradition" als Staatselement die Kraft hat, einen Staat trotz Abbaues organisierter Staatlichkeit überdauern zu lassen, ist die Frage zu trennen, ob in concreto (auf die staatliche Einheit Deutschlands bezogen) diese gemeinsame objektive geistige Tradition noch vorhanden ist. Unsere oben angestellte rein empirische Übersicht über die gemeinsamen Sachgehalte des objektiven Geistes dürfte zu der Feststellung berechtigen, daß dies derzeit noch der Fall ist.

Die Frage stellt sich aber ständig neu. Ich wage hier nicht zu entscheiden, ob Rudolf Smends „Integrationslehre"[83]) in Zeiten perfektionierter Staatlichkeit nicht die Statik einer Verfassung, die doch nicht zuletzt als Form und Regel gerade auch zur Überwindung und Überbrückung von Desintegration dient[84]), zu sehr in einen bloßen „Vorgang" auflöst („dynamisiert"); ob die Integrationslehre zu Gunsten dieses Vorgangs nicht die sachlichen „Gehalte" des Vorgangs unterbewertet[85]), Gehalte, die übrigens Renan trotz seiner dynamischen Formel vom „plébiscite de tous les jours" durchaus gesehen haben dürfte[86]); kurz, ob demgemäß in Zeiten perfektionierter Staatlichkeit die „Integration" wirklich das Spezifikum des Staates („der Kernvorgang des staatlichen Lebens"[87]) ist. Unangreifbar scheint mir aber die Erkenntnis zu sein, daß es kein Fortleben überindividuellen geistigen Seins gibt, das nicht — vor allem wenn das Motorische der organisatorisch-normativen Eigengesetzlichkeit abgeschwächt ist — der Notwendigkeit steter Erneuerung im Geistesleben der Einzelpersonen unterworfen ist, das sich also nicht in diesem Sinne aus

---

Interesse nach wie vor der gesamtdeutschen Entwicklung gilt und somit nicht als definitive Wendung zu einer Teilungspolitik gewertet werden kann. Gesamtdeutsches Interesse unter gleichzeitiger definitiver Teilungspolitik ließe sich m. E. nur durch den taktischen Kunstgriff koppeln, daß neben die Regierung der DDR eine westdeutsche Exilregierung gestellt würde.

[83]) Verfassung und Verfassungsrecht, 1928.

[84]) Vgl. Dietrich Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur 2. Aufl. 1944, S. 122.

[85]) Im übrigen soll hier aber kein Wert auf Vollständigkeit der gegen Smend erhobenen Einwände gelegt werden. Hier wurde seine Lehre im Grundsätzlichen incidenter schon dadurch bejaht, daß oben durchgehend auf Theodor Litt Bezug genommen wurde. Die zeitlich letzte Bejahung der Lehre Smends vgl. bei Scheuner, Kölner Z. f. Soziologie, 4, 213 Anm. 9.

[86]) Vgl dazu Freyer, Der politische Begriff des Volkes 1933, S. 7.

[87]) Smend, aaO. S. 18.

dem Geistesleben der Einzelmenschen „integriert“[88]. In der deutschen Situation, in welcher das (seiner Natur nach statisch und kontinuierlich wirkende) einheitliche Normative, Organisatorische, Institutionelle gelockert und teilweise ganz suspendiert ist, wird die so verstandene „Integration“ oder „Desintegration“ in der Tat über die Gemeinsamkeit der objektiven geistigen Tradition und damit auch über das Rechtsschicksal der staatlichen Einheit Deutschlands entscheiden.

[88]) In diesem Sinne verwendet auch N. Hartmann, aaO. S. 287 den Begriff. Vgl. auch Schindlers Hinweis (aaO. S. 122), daß diese Integration auch für „andere soziale Ordnungen“ notwendig ist.

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither

I.

1. *Die Frage nach „Deutschlands Rechtslage" ist im letzten eine Frage des Verhältnisses von Norm und Faktizität und läßt sich daher von vornherein nur von einer bestimmten staatstheoretischen Grundkonzeption aus, auf deren Boden man im folgenden argumentiert, beantworten. Besonders offenkundig wird dies bei den normativen Staatstheorien, die für das Jahr 1945 zur Staatsuntergangsthese gelangen, ohne normative Willenserklärungen nachweisen zu können.*
2. *Es ist daran festzuhalten, daß das Deutsche Reich das Jahr 1945 als Staat überdauert hat, und die bisherigen Argumente sind durch folgendes staatstheoretisches Argument zu ergänzen: Wenn die normativen Staatslehren, die zur Untergangsthese gelangen, seinsmäßige Gegebenheiten methodenrein nicht als staatsbegründende und staatserhaltende Elemente im Rechtssinne gelten lassen, dann dürfen sie nicht methodenwidrig rein faktische Vorgänge (militärische Niederringung) zum Nachweis der Diskontinuität verwenden.*

II.

Die staatstheoretische Grundkonzeption, die zur Bejahung des Fortbestandes Deutschlands als Staat auch nach 1945 führt, verläuft wie folgt:

1. *Die mit dem Neukantianismus üblich gewordene dualistische Zerreißung von normativem Sollen und faktischem (physischem, historischem, geistig-kulturellem) Sein ist durch die dialektische Synthese zu versöhnen, daß alles Sollen für einen bestimmten Stoff bestimmt ist. Auch der Staat als Rechtsbegriff ist stoffbestimmter Begriff.*
2. *Da sich der Seinsstoff niemals dem Normativen völlig „ausliefert", ist jede Staatslehre in erster Linie Sozialwissenschaft und damit auch weitgehend deren Methoden unterworfen. Die idealtypische Begriffsbildung der Sozialwissenschaft läßt (ebenso wie den Bundesstaatsbegriff) auch den Staatsbegriff selbst als idealtypischen Begriff erscheinen, der in der Wirklichkeit vorhandene Abschwächungen, Übergänge und Graduierungen gestattet, ohne sie als begriffswidrig und begriffszerstörend bewerten zu müssen.*

3. *Zwischen dem Stoff der physischen Wirklichkeit (Land und Leute) und dem Institutionellen und Normativen (Staatsgewalt) klafft in der herkömmlichen Staatstheorie die Lücke des sonstigen in einer Gemeinschaft wirksamen geistigen Seinsstoffes.*

4. *Es ist anzuraten, diese Lücke durch den neueren Befund der ontologisch-phänomenologisch orientierten Philosophie (Dilthey, Litt, Freyer, Nicolai Hartmann) zu schließen. Der geistige Lebensvorgang unter psycho-physischen Wesen ist nicht nur eine intraindividuelle, sondern auch eine über-individuelle Gegebenheit, obwohl sich nirgends ein „Kollektiv-Ich" bildet.*

5. *Diesen geistigen Besitz, der einer Menschengruppe eigentümlich ist, kann man trotz aller geistesgeschichtlichen Bedenken „objektiven Geist" („Gemeingeist") nennen. Nur er erklärt drei soziale Urphänomene:*

   a) *Er braucht zwar Individuen als Träger, aber er ist unabhängig vom Wechsel der Individuen (Folge: das Kontinuum Deutschlands ist kein durch Personen- und Generationenwechsel befristetes Problem).*

   b) *Er erklärt, da der Einzelgeistesakt nicht zur Erreichung der Summe unerläßlicher Addend ist, die Erscheinung des „ruhenden" Einzelgeistes (Folge: auch die durch ein totalitäres System „Entmündigten" sprechen nicht gegen das Kontinuum der deutschen Einheit).*

   c) *Die Geistesinhalte des personalen Geistes brauchen nicht unbedingt parallel oder zueinander hin zu verlaufen. Nicht das Gegeneinanderstehen, sondern die Indifferenz wirkt dissoziierend (Folge: nur Indifferenz, nicht Auseinandersetzung über Modalitäten der künftigen Ausgestaltung des Gesamtstaats zerstört das Kontinuum der Einheit Deutschlands).*

6. *Ein Beschreibungsversuch des objektiven Geistes hat aus denktechnischen Gründen einmal „punktuell" die Sachgehalte und zum anderen die Seinsweise zu erfassen.*

   a) *An Sachgehalten sind (ergänzungsfähig) feststellbar: Biologisch-organische Zusammengehörigkeit als dichtes Netz von Familienverwandtschaften, räumliche Zusammengehörigkeit durch „Heimat" und „Vater-land", gemeinsamer Kulturbesitz im dinglichen (vergegenständlichten) Sinn; aus dem geistigen Sein: Gemeinsame Sprache, gemeinsames Schicksalserlebnis, Gemeinsamkeit der Religion, Gemeinsamkeit in der Grundeinstellung zum rechtlichen Soseinsollen, gemeinsames aus Zeiten perfektionierter Staatlichkeit noch nachwirkendes Organisationsrecht, gemeinsames Richtungsbewußtsein (Idee der nationalen Zusammengehörigkeit).*

b) *Die* S e i n s w e i s e, *die diese Sachgehalte „überdauern" lassen kann, geschieht durch „Tradition" (tradere).*

7. *Diese „objektive geistige Tradition" — „Tradition" einmal als vorgefundener* S a c h g e h a l t *bereits tradierten Geistesgutes und zum anderen als Vorgang des Tradierens selbst verstanden — ist das entscheidende Schöpfungs- und Erhaltungsmoment jeder sozialen Einheit. Sie ist auch das entscheidende Staatselement, das die physischen Staatselemente überhöht und die Wirkursache für das normative Staatselement des Organisatorischen darstellt. Dabei wird nicht verkannt, daß*

   a) *ohne institutionelle Verfestigung kein Staat entsteht,*

   b) *oft das Organisatorische überhaupt die „objektive geistige Tradition" erst schafft,*

   c) t r o t z *vorhandener objektiver geistiger Tradition der Staat endet, wenn durch* F r e m d *bestimmung das Institutionell-Organisatorische zerbrochen wird.*

8. *Da eine besatzungsrechtliche Fremdbestimmung über das Kontinuum der Einheit Deutschlands nicht erfolgt ist, insbesondere auch nicht in der völkerrechtlichen Behandlung der beiden Teilordnungen gesehen werden kann, entscheidet nach wie vor das deutsche* S e l b s t *verständnis über das Weiterbestehen des gesamtdeutschen Staates. In dieser Situation aber hat die als Staatselement aufgefaßte „objektive geistige Tradition", sofern sie ständig erneuert wird, die Kraft, einen Staat trotz Suspendierung im Organisatorischen als Staat überdauern zu lassen, so daß er ohne Neugründung wieder institutionell — organisatorisch perfektioniert werden kann.*

3. Aussprache über:

Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither

Spanner-Graz: Ich möchte mir zu einem Punkt des Referats des Herrn v. d. Heydte eine kleine Bemerkung erlauben, und zwar im Zusammenhang mit der Rechtslage Österreichs. Wenn wir die These v. d. Heydtes unter B 2 lesen: „Deutschland hat als Staat den Zusammenbruch der NS-Zwangsordnung überdauert", usw., so ergibt sich daraus natürlich die Frage: innerhalb welcher Grenzen? Und ich darf annehmen, daß von beiden Herren Berichterstattern am Vormittag das Deutschland innerhalb der Grenzen vor dem 13. 3. 1938 gemeint worden ist. Denn sonst würde man ja, wenn man die Ausführungen des Herrn v. d. Heydte folgerichtig anwendet, auch in der Frage der Rechtsstellung Österreichs zur Konsequenz kommen, daß die Verfassung Österreichs nunmehr auch eine Teilordnung wäre. Allerdings würde sich diese Teilordnung wesentlich unterscheiden von den beiden anderen Teilordnungen, vor allen Dingen, weil sie keinen Anspruch darauf erheben würde, auch für die beiden anderen Teile aufzutreten, was bei der Bundesrepublik und der DDR wechselseitig der Fall ist.

Im Zusammenhang mit dem Tatbestand, wie er in Österreich im Jahre 1938 geschaffen worden ist, sind zwei Thesen aufgestellt worden, die als Okkupations- und Annexionstheorie bekannt geworden sind. Dabei fragt es sich, welcher dieser beiden Auffassungen der Vorrang zu geben ist. Man wird wohl viel für die Annexionstheorie ins Treffen führen können. Andererseits muß ich insbesondere nach dem Referat Dürigs (über die Bedeutung der Tradition innerhalb des traditions- und staatsbewußten Volkes) sagen, daß dies sehr wohl zur Untermauerung der Okkupationsthese verwendet werden kann. 1945 ist das Wiedererstehen Österreichs als selbständige Republik, als ein selbständiger Staat, zweifellos auf legalem Wege erfolgt. Nach den Regeln des Völkerrechts bleibt vielleicht die Frage offen, ob sich Österreich wieder gebildet hat nach einer debellatio des „Dritten Reiches". Jedenfalls aber steht fest, daß das Wiedererstehen Österreichs 1945 die allseitige Anerkennung gefunden hat nicht nur von Seiten der beiden deutschen Teilordnungen, sondern auch von Seiten der Siegermächte.

Abendroth-Marburg a. d. Lahn: Die beiden Referate haben in eindrucksvoller Weise zur Frage der Kontinuität des deutschen Staates die in Deutschland herrschende Lehre unterstützt. Wenn allerdings gleichzeitig in einem Aufsatz in der „Öffentlichen

Verwaltung" behauptet wird, nur Emigranten oder solche Juristen, deren Spezialgebiet nicht das Öffentliche Recht ist, hätten sich dieser These in der deutschen Wissenschaft entgegengestellt, so muß ich doch anmelden, daß diese Auffassung nicht ganz stimmt.

Das Referat des Kollegen Dürig hat in besonders eindrucksvoller Weise dargelegt, daß zweifellos im politischen Denken des deutschen Volkes das Bewußtsein seiner Einheit niemals untergegangen ist und daß diese Kontinuität in der kulturellen und geistigen Einheit der Nation ein gewichtiges Argument auch für die Staatslehre darstellt. Ich halte es für durchaus richtig, daß man diesem Faktor der Bewußtseinsentwicklung einer Nation auch in der Staatslehre zentrale Bedeutung einräumt und glaube, daß Dürigs Referat einen wertvollen Beitrag zur Fortentwicklung unseres politischen Denkens darstellt. Gleichwohl bin ich der Meinung, daß es nicht möglich ist, den Staatsbegriff im Volksbegriff untergehen zu lassen. Der Staat ist die organisatorisch verselbständigte aktuelle und eigenständige Wirkungseinheit eines Volkes, aber er ist nicht mit dem Volk in jenem schlechten Sinne identisch, daß er sich nicht vom Volk abheben läßt. Die Existenz des Willens eines Volkes zu seiner politischen Einheit bietet gewiß die Voraussetzung für die Existenz seines Staates, aber der Staat besteht nicht schon dann, wenn dieser Wille vorhanden ist.

Im Jahre 1945 hatte das deutsche Volk, dessen Wille zur politischen Einheit gewiß nicht gebrochen war, infolge des politisch realen Tatbestandes der Debellation keine Möglichkeit, zu einer aktuellen politischen Wirkungseinheit in organisierter Form zu gelangen. Die Übernahme der „Autorité suprême" durch die vier Besatzungsmächte war keine Übernahme der Staatsgewalt in dem Sinne, daß etwa die deutsche eigenständige Staatsgewalt „übernommen" werden könne, sondern drückte lediglich aus, daß die politische Dispositionsbefugnis an die Sieger übergegangen war. Die Siegermächte haben dann im Rahmen ihrer höchsten Herrschaftsgewalt dem deutschen Volke die Wieder- und Neuentwicklung partikularer Teile der deutschen Staatsgewalt ermöglicht, die sich in der Gründung der Länder und dann der zentralen Staatsfragmente niederschlug.

Von dieser Überlegung aus wird, wie mir scheint, erst jenes merkwürdige Phänomen verständlich, das im Referat von Kollegen von der Heydte dahin gekennzeichnet wurde, daß erst am Tage der Währungsreform und durch den Weg zur Gründung von Bundesrepublik und DDR das Problem der Weiterexistenz des deutschen Staates wirklich aktuell geworden sei. Die doppelspurige Entwicklung Deutschlands läßt sich aber nicht durch verschiedene eigenständige Entwicklung des deutschen Volkes diesseits und jenseits der Elbe seit dieser Zeit erklären, sondern

nur dadurch, daß die Dispositions- und Organisationsgewalt der Besatzungsmächte nun in zwei Parteien getrennt gegeneinander antrat.

Auch ein anderes Phänomen zeigt gerade durch die Verschiedenheit des Ansatzes, daß ernsthafte Überlegungen über diese Verschränkung angestellt werden müssen. Herr Kollege Spanner hat in geschickter Weise das Problem der Kontinuität Österreichs dargestellt. Man kann, wie mir scheint, an der Effektivität der Annektion Österreichs durch das Deutsche Reich im Jahre 1938 kaum zweifeln. Man kann auch nicht mit voller Sicherheit behaupten, daß der Wille des österreichischen Volkes zur Aufrechterhaltung seiner speziell österreichischen politischen Einheit damals noch fortbestanden habe. Ganz sicher ist aber dieser Wille 1945 deutlich aufgelebt und darauf die Illusion verflogen, daß Österreichs Nationalbewußtsein im deutschen aufgegangen sei. Die Disposition der Sieger über den NS-Staat hat dann aber erst die Wiedergeburt des österreichischen Staates ermöglicht. Wenn also heute dieser österreichische Staat seine Kontinuität behauptet, so kann er diese These nur durch eine Fiktion begründen. Diese Fiktion muß einen doppelten Bruch überbrücken: einerseits das siebenjährige Verschwinden der organisatorischen Einheit und Selbständigkeit, andererseits das vorübergehende Fragwürdigwerden des Willens der Nation zur Einheit. Gleichwohl möchte ich keineswegs unbedingt die Fruchtbarkeit dieser Fiktion bestreiten, solange nur Klarheit darüber besteht, daß es sich um eine Fiktion handelt. Wenn nun die deutsche Staatslehre in Bezug auf die deutsche staatliche Entwicklung nach dem Jahre 1945 behauptet, daß diese Fortentwicklung die Weiterentwicklung des gleichen Staates sei, der 1945 total besetzt und dessen Staatsgewalt damals total vernichtet wurde, so muß sie sich klar darüber sein, daß sie auch hier diese Identität nur fingieren kann. Sie muß zwar keineswegs, wie es für die österreichische Staatsrechtswissenschaft erforderlich ist, diese Fiktion in die soziale Grundlage der staatlichen Existenz hinein erstrecken, soweit es sich um den Willen der Nation zu ihrer politischen Einheit handelt. Dieser Wille hat sich nur in soweit gewandelt, als er sich unzweifelhaft nicht mehr auf die gleichsprachige Bevölkerung des wieder verselbständigten Österreich erstreckt. Aber jenes organisatorische Moment des Staates, das die Nation zu einer aktuellen politischen Wirkungseinheit zusammenfaßt, war 1945 unzweifelhaft entfallen. Die organisatorisch-politische Einheit der Nation war nur noch durch ein Gemeinschaftsorgan der fremdständigen Staatsgewalt der vier Besatzungsmächte, nämlich durch den Kontrollrat, garantiert. Das erneute Entstehen eigenständiger und einheitlicher staatlicher Gewalt wollten zwar, wie das Potsdamer Abkommen ausweist, auch diese vier Be-

satzungsmächte durch ihr Gemeinschaftsorgan sicherstellen. Deshalb haben auch alle vier Besatzungsmächte, soweit sie Ansatzpunkte eigenständiger deutscher Staatsgewalt langsam wieder wieder entstehen ließen, gestattet, daß diese Staatsgewalt sich nicht als Sonderstaatsgewalt in bestimmten Räumen, sondern als partikulare Äußerung einheitlicher deutscher Staatsgewalt empfand. Wie das Beispiel Bayern zeigt und durch den amerikanischen Einspruch gegen andere Tendenzen der bayrischen Verfassung sichtbar wurde, fühlten sich sogar die Besatzungsmächte veranlaßt und durch ihre Übereinkunft untereinander völkerrechtlich verpflichtet, Fehlentwicklungen vorzubeugen, die dieser Prämisse widersprochen haben würden, daß nämlich die neuentstandene deutsche Staatsgewalt jeweils räumlich begrenzte Äußerung werdender Gesamtstaatsgewalt des deutschen Volkes sei. Aber die organisatorische Kontinuität war zweifellos in der Wirklichkeit gebrochen; sie kann deshalb nur fiktiv wieder hergestellt werden. Auch in diesem Fall ist diese Fiktion (wie viele andere Fiktionen der geltenden Rechtsordnung) durchaus möglich und wahrscheinlich auch begründet, weil sie sich bei der Lösung rechtlicher Probleme als brauchbares Hilfsmittel erweisen kann. Sie würde nur dann gefährlich, wenn das Bewußtsein verloren ginge, daß es sich bei dieser Betrachtung um eine Fiktion und nicht um bloße Darstellung der Wirklichkeit handelt.

Diese Erwägungen leiten zu einer zweiten Problematik über, zu jener Problematik nämlich, mit der sich im einzelnen in verdienstlicher Weise das Referat des Kollegen von der Heydte befaßt hat. Es handelt sich um das Problem, ob man der gegenwärtigen Spaltung Deutschlands in mehrere Staatsfragmente, bei denen der Bundesrepublik wie der DDR die Tendenz innewohnt, sich aus Staatsfragmenten in wirkliche Staaten zu verwandeln, mit einer Teilordnungstheorie oder der Lehre von der vollen Identität nur einer der Teilordnungen mit dem ganzen deutschen Staate gerecht werden kann. Mir scheint von der Heydtes Konsequenz gefährlich zu sein (These zu C 2), daß beide Lehren rechtlich gleichberechtigt seien und zwischen ihnen der Politiker die Entscheidung zu treffen habe, während der Jurist zwar die Frage stellen müsse, aber darauf verzichten solle, sie zu lösen. Liegt in dieser These nicht praktisch eine Kapitulation des Verfassungsrechts vor Tendenzen, denen allerdings niemand die Möglichkeit absprechen kann, daß sie sich eines Tages in unabänderliche Wirklichkeit verwandeln? Gewiß muß der Verfassungsjurist sich hüten, politische Wunschbilder irgendwelcher Art in sein juristisches Denken einfließen zu lassen. Gerade, weil ich z. Z. einen Lehrstuhl für Politik innehabe, lege ich auf säuberliche Trennung zwischen der Betrachtungsweise der politischen Soziologie und des Verfassungsrechts sehr großen Wert, die beide

erst durch konsequente Anerkennung ihrer verschiedenen Aufgabenstellung und Methodik zu vollem wissenschaftlichen Wert gelangen können. Aber zur Rechtsordnung gehören keineswegs nur die unmittelbar anwendbaren Normen des Verfassungsrechts, sondern ebenso die Rechtsgrundsätze, zu denen sich jeweils eine Verfassungsordnung bekannt hat. Sie stellen das Bindeglied zwischen beiden Disziplinen, der Politik und der Lehre vom öffentlichen Recht, her.

Zu diesen Rechtsgrundsätzen gehört aber nach dem, was ich vorher über die Gesamtsituation bei der Wiedererstehung der deutschen Staatlichkeit nach 1945 gesagt habe, unzweifelhaft das Bekenntnis zu einem gesamtdeutschen Staat, also die Ablehnung des Gedankens, daß partikulare Bildungen, die durch die zufälligen Machtverhältnisse der Besatzungsmächte untereinander vorbestimmt wurden, bereits der volle gesamtdeutsche Staat seien. Diese Erkenntnis hat sich im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland in der Präambel und in Art. 146 zu einem Rechtsgrundsatz verdichtet, der mindestens juristisch (wenn auch vielleicht nicht immer mehr in der politischen Wirklichkeit) der Verfassungsordnung dieser Bundesrepublik eingeordnet ist. Deshalb ist auch der Verfassungsjurist verpflichtet, diesen Rechtsgrundsatz ernst zu nehmen und nicht einfach zu registrieren, wie sich die Verfassungswirklichkeit fortentwickelt. Wir dürfen deshalb nicht in dieser entscheidenden Frage in unserer Funktion als Vertreter der Wissenschaft des Verfassungsrechts einfach kapitulieren, um den Politikern das Feld zu überlassen. Würden wir das tun, so würden wir in unserer Verantwortung vor jener Wirklichkeit, die Kollege Dürig so eingehend dargestellt hat, versagen: vor der Wirklichkeit der weiterbestehenden Nation. Wir dürfen niemals vergessen, daß der bloße Tatbestand des Nebeneinanderbestehens widerspruchsvoller verschiedener politischer Gebilde auf dem Boden einer Nation die Existenz des Willens dieser Nation zur politischen Einheit und also zum einheitlichen Staat zersetzen und auflösen kann, wenn nicht auch Rechtsordnung und Rechtswissenschaft immer wieder die Aufgabe in Erinnerung rufen, die das Grundgesetz in Art. 146 formuliert hat.

Apelt-München: Ich möchte an das anknüpfen, was von meinem Herrn Vorredner zuletzt gesagt worden ist. Als ich die Einladung unseres Vorstandes in die Hand bekam, und die Themen ansah, war mein erstes Gefühl ein Bedauern mit den Herren Referenten. Ist es denn richtig, daß wir auf unseren Tagungen Themen behandeln, die nicht eigentlich juristisch lösbar sind? Wird hier nicht etwas verlangt von unseren Referenten, was sie gar nicht leisten können? Denn die für heute gestellte Aufgabe

ist eben nicht lösbar. Ich weiß nicht, ob Sie denselben Eindruck gehabt haben. Ich meinerseits glaube meine Auffassung bestätigt zu sehen; denn beide Herren Referenten, so sehr sie voll Geist und Klarheit sprachen, so wenig waren sie in der Lage, die eigentliche konkrete Frage zu beantworten, mit Mitteln der Rechtswissenschaft schon gar nicht.

Es sind verschiedene Auffassungen von den Herren Referenten vorgetragen worden, die durchaus mit Argumenten gestützt wurden, die sich vertreten lassen. So sehr wir in großer Überzahl überzeugt gewesen sind, daß nach 1945 das alte Deutsche Reich, das Bismarck geschaffen hat, weiterbestand, so sehr ist doch klar, daß dies in der weiteren Entwicklung nach 1945 zweifelhaft geworden ist. Der verstorbene Kollege Riezler hat in der Juristenzeitung bei der Besprechung eines Urteils des Bundesgerichtshofes ausgeführt, man solle doch endlich die Fiktion des Fortbestands des Reichs fallen lassen, sie sei juristisch nicht mehr haltbar. Er hat auch Argumente für diese Auffassung gegeben. Wenn man jetzt prüft, was von Herrn Dürig entgegen dieser Riezlerschen Auffassung gesagt worden ist, so bleibt doch mancher Zweifel. Ich möchte nur das eine erwähnen. So ist gesagt worden, nach 1945 habe das alte Reichsrecht weitergegolten. Aber wenn Sie die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes ins Auge fassen, so wird man anderer Ansicht. Er hat konsequent den Standpunkt vertreten, das alte Reichsrecht sei bayerisches Landesrecht geworden. Es habe als bayerisches Landesrecht fortgegolten bis zum 8. 9. 1949, also nicht als Reichsrecht. Staatsrechtlich ist eben heute das Vorhandensein des alten Reichsrechts so weit verblaßt und durch die Auseinanderentwicklung der beiden Hälften Deutschlands so zweifelhaft geworden, daß man entgegen dem Dürigschen Argument sehr wohl sagen kann, das Fortbestehen des Reiches ist eine Fiktion. Ob es fruchtbar ist, eine solche Fiktion aufrechtzuerhalten, darüber kann man natürlich streiten. Ich möchte nur feststellen, daß diese Frage mit Mitteln der Rechtswissenschaft nicht gelöst werden kann. Es ist im Grunde genommen die Entscheidung eine politische. Man kann durchaus verschiedener Meinung sein darüber, ob noch eine soziologische und politische Einheit besteht. Was die Zukunft uns bringt, ist völlig unabsehbar. Deswegen möchte ich vorschlagen: Wenn wir uns mit solchen Fragen beschäftigen, ist klarzustellen, daß sie mit Mitteln der Staatsrechtswissenschaft nicht lösbar sind, und daß man nicht von uns verlangen soll, daß wir eine tragbare Lösung eines solchen Problems der Öffentlichkeit anbieten.

Nawiasky-München-St. Gallen: Herr Kollege Dürig hat mich auf die Anklagebank gesetzt und deswegen muß ich mich verteidigen. Er hat mir den Vorwurf der Methodenwidrigkeit gemacht.

Ein tödlicher Vorwurf, da ich immer bestrebt war, mich an strenge Methodenreinheit zu halten.

Auch Kelsen hat er den gleichen Vorwurf gemacht. Schade, daß er nicht da war, es wäre ein interessanter Augenblick gewesen. Ich weiß nicht, ob Dürig unterrichtet ist, daß Kelsen in bezug auf das Völkerrecht stets auf die Effektivität als rechtsinhaltliches Moment hingewiesen hat. Ihm hier einen Widerspruch vorzuwerfen, ist ungerecht.

Was mich anbelangt, hat Herr Dürig mir zunächst Methodenunreinheit vorgeworfen. Dieser Vorwurf trifft nicht zu. Ich habe in meiner „Allgemeinen Staatslehre" 3 Staatsbegriffe aufgestellt und unterschieden: den Staat als Idee, als soziologische Tatsache und als Rechtsbegriff. Und bezüglich des Staates als Rechtsbegriff habe ich die These vertreten, daß Träger der Rechtsordnung der Staat im soziologischen Sinne ist. Ich bewege mich daher durchaus nicht in der Richtung Kelsens.

Ich habe weiter auch in meiner Rechtslehre gesagt, daß die Rechtsnorm, die meiner Meinung nach ein äußeres Verhalten bei sonstiger Sanktion vorschreibt, immer einen materialen Inhalt haben muß, da es keine inhaltsblinde Rechtsnorm gibt. Für mich ist mit dem Recht der Inhalt als der Stoff, der aus dem soziologischen Tatbestand erwächst, von vornherein aufs engste verbunden.

Die Frage des Staatsuntergangs: Hier kann es nicht darauf ankommen, daß das Volk als soziologischer Tatbestand immer bleibt. Das ist selbstverständlich. Dagegen habe ich im Jahre 1920 (Der Bundesstaat als Rechtsbegriff) darzulegen versucht, daß von den drei Begriffselementen des Staates, die G. Jellinek aufgestellt hat, zwei wegfallen müssen, nämlich das Staatsgebiet und das Staatsvolk.

Ich habe mir erlaubt, auszuführen, daß das Staatsgebiet unmöglich ein Staatselement sein kann. Denn sonst könnte man einen Marsbewohner, der Hochverrat gegen Deutschland auf einem fliegenden Teller ausübt, in Deutschland niemals strafrechtlich zur Verantwortung ziehen, obwohl das unbestritten ist. Die Strafgerichtsbarkeit ist doch zweifellos ein Bestandteil der Staatsgewalt. Die Staatsgewalt ist nicht an das Staatsgebiet geknüpft, sondern geht darüber hinaus bis in die Stratosphäre. Das Staatsgebiet ist nur die territoriale Unterlage der normalen Staatsbehörden, ihr örtlicher Kompetenzbereich. Das Staatsvolk aber ist nichts anderes als die Kehrseite der Staatsgewalt.

Wenn die Staatsgewalt das einzige bleibende Begriffselement des Staates ist, dann muß der Staat zugrunde gehen, wenn die Staatsgewalt zugrunde gegangen ist. Dies ist meine Theorie, die ich bezüglich der Revolution ausgesprochen habe. Die Vernichtung der Staatsgewalt ist das Ausschlaggebende. Deshalb ist für mich,

wenn diese Staatsgewalt verschwunden ist, auch der Staat verschwunden. Das ist streng logisch. Herr Dürig hat immer von Staatsorganisation gesprochen. Damit ist nichts geholfen. Herr v. d. Heydte hat verschiedenen Arten von Staatsgewalt stufenmäßig unterschieden. Darauf lasse ich mich nicht weiter ein, denn schließlich muß der Staat als solcher eine höchste Gewalt darstellen. (Eine relativ höchste, mit Berücksichtigung der Einordnung unter das Völkerrecht). Sonst wäre es gar keine Staatsgewalt, nur die Gewalt eines Selbstverwaltungskörpers. Der Staat ist also mit dem Untergang der Staatsgewalt tatsächlich untergegangen. Das Bundesverf.Ger. war nahe daran, sich dieser Theorie anzuschließen. Dann hat es doch halt gemacht, weil die Lehre in die Politik hineinspielt. Das Bundesverfassungsgericht will heute diese politischen Dinge nicht anrühren. Davor hat der verstorbene Präsident gewarnt.

Zu dem Dürigschen Begriff des selbständig existierenden objektiven Geistes möchte ich bemerken, daß diese Losgelöstheit des objektiven Geistes von den einzelnen individuellen Bewußtseinträgern aufhört, wenn sie alle gestorben sind. Diese Lehre hat also eine Grenze. Gewiß sind die Individuen in einen größeren sozialen Zusammenhang eingebaut. Aber Träger des sogenannten objektiven Geistes ist immer nur das Individuum. Wenn das aufhört, hört auch der objektive Geist auf. Dürig hat weiter die Bedeutung des objektiven Geistes für den Begriff des Volkes angeführt. Diese These hat aber m. E. aus diesem Grunde keine Bedeutung für unser Thema. Wenn das Volk überhaupt kein Staatselement ist, dann ist die Frage, wie man zum Begriff des Volkes kommt, eine rein soziologische Frage, aus der sich keine rechtlichen Konsequenzen ergeben. Das Volk ist nur soweit rechtsbedeutsam, als es durch die Staatsgewalt erfaßt wird. Darum kann man mit dem Fortbestand des Volkes nicht argumentieren. Es hat mit dem Fortbestand des Staates nichts zu tun. Man kann nicht vom Dasein des Volkes auf den Staat schließen, nur umgekehrt. Auch das vierte von Dürig angeführte Staatselement der Tradition kann nur in soziologischem Sinne verwendet werden. Nach meiner Meinung gibt es, wie gesagt, nur ein Element des Staates, nämlich die Staatsgewalt.

Auch der Begriff der Nation, auf den Herr v. d. Heydte hingewiesen hat, kann für das Problem des Fortbestandes des Staates nichts beweisen. Die Begriffe Volk und Nation unterscheiden sich dadurch, daß es sich beim Volk um einen objektiven Tatbestand handelt. Der Begriff Nation muß m. E. im Gegensatz zum Begriff des Volkes eine Bejahung seitens der Beteiligten enthalten. Volk und Nation sagen aber über das Vorhandensein des Staates nichts aus, deshalb auch nichts über den Fortbestand des Staates. Es gibt auch staatlich geteilte Völker — man denke

beispielsw. an das deutsche Volkstum in Deutschland, Österreich, Liechtenstein, eventuell in der Schweiz — und Nationen ohne staatliche Organisation. Ich verweise auf den Fortbestand der polnischen Nation nach der Teilung Polens. Ein polnischer Staat bestand damals natürlich nicht.

Scheuner-Bonn: Die hier behandelten Fragen reichen sehr tief in staatstheoretische Auseinandersetzungen hinein. Wir dürfen es Herrn Dürig danken, daß er uns die Bedeutung und das Gewicht dieser Fragen so eindringlich vor Augen geführt hat. Es handelt sich nicht nur um die Interpretation von Einzelheiten des gegenwärtigen deutschen Status, sondern hinter den Gegensätzen in den speziellen Fragen werden zwei im Ansatz verschiedene Anschauungen vom Staate in seiner sozialen und rechtlichen Erscheinung und von den Grundlagen der Staatslehre sichtbar. Auf der einen Seite steht eine positivistische Anschauung des Staates. Sie faßt ihn in radikaler Ausprägung als eine bloße normative Ordnung auf, die sich aus einer als Grundnorm bezeichneten Faktizität ableitet. Oder aber sie deutet den Staat als die aus einer bestehenden tatsächlichen Herrschaft fließende Willensmacht und läßt von da aus Recht und Bestand aller staatlichen Normen herstammen. Demgegenüber steht auf der anderen Seite eine Sicht des Staates, wie sie uns Herr Dürig gegeben hat. Sie macht den Versuch, in Anlehnung an moderne phänomenologische Untersuchungen den Staat zu verstehen aus den Lebensprozessen geistiger Vereinheitlichung und Aktivität seiner Glieder, die ihn als eine überindividuelle Einheit des Bewußtseins und des Handelns tragen. Von dieser Basis aus ergeben sich dann zur Frage der Kontinuität des Untergangs und der Erneuerung selbst nach zeitweiser Unterbrechung des organisatorischen Rahmens Feststellungen, die sich nicht auf die Beachtung allein der normativen oder der faktischen Seite konzentrieren, sondern beide dialektisch zu vereinigen wissen. Wenn wir noch tiefer in diese Zusammenhänge eindringen, so stoßen wir auf den Gegensatz zweier alter Anschauungen des Staates. Die eine versteht den Staat in erster Linie als Macht, die ein Land und ein Volk bezwingt. Nur wo eine solche übergeordnete Willensmacht gegeben ist und sich behauptet, wird der Staat als existent angesehen. Wo sie zerspringt, wird mit den Institutionen der Gewaltausübung und der Herrschaftsorganisation zugleich das Staatswesen als zerfallen angesehen. Vom Boden dieser Auffassung aus kommt es auf die Aneignung der tatsächlichen vollen Gewalt an. Der Staat ist für sie Willen und Macht. Bei Veränderungen und Revolutionen, so hat in der großen englischen Revolution Anthony Ascham die neuen Gewalten gerechtfertigt, dürfen wir denen gehorchen, die den vollen Besitz der Macht gewinnen; unter sie hat uns das Geschick gewiesen. Dem steht eine andere Lehre vom

Staate gegenüber, wie sie uns Herr Dürig vorgetragen hat und wie ich sie in ähnlicher Weise für mich annehmen möchte. Sie gründet Existenz und Bestand des Staates auf die Mitwirkung und Zustimmung des ganzen Volkes. Hier treten Elemente jener alten Lehre hervor, die im consensus der Regierten das entscheidende Moment erblicken, aus dem alle Herrschaft sich ableitet und begrenzt. Wo in diesem Sinne der Kern staatlichen Bestehens nicht im bloßen Besitz der obersten Macht allein gesehen wird, sondern in der inneren Verbundenheit aller Glieder des Staatswesens, kann der Staat auch fortbestehen, obwohl vorübergehend der äußere organisatorische Apparat zerbrochen oder ausgeschaltet wird, und obgleich zeitweise die höchste Befehlsgewalt in fremde Hände übergeht. Denn hier ist nicht im Sinne des Hobbes Befehl und Machtübung, sondern fortdauernde aktive Verbundenheit aller Glieder das Lebenselement des Staates. Ähnliches gilt für die Rechtsordnung. Wo man sie allein als Manifestion staatlicher Befehlsgewalt ansieht, fällt sie mit deren Zerbrechen dahin. Nach der anderen Anschauung dagegen kann die Rechtsordnung die im rechtlichen Bewußtsein der Gemeinschaft wurzelt, den Fall der Staatsorganisation überdauern, die sie gestützt und getragen hat.

Das Völkerrecht hat praktisch — ohne die Frage zu vertiefen — weithin den Bestand des Staates nicht von der jeweiligen Innehabung der Macht, sondern von der fortdauernden inneren Verbundenheit des Volkes abhängig gemacht. Es faßt daher eine Okkupation nicht als eine Art Annexion auf, sondern charakterisiert sie als zeitweilige Übernahme staatlicher Funktionen durch den Okkupanten, während die eigentliche Staatlichkeit fortbesteht. Im Grunde geht es bei diesen Auseinandersetzungen um die Fragen der Kontinuität und des Überdauerns bei den Erscheinungen von Staat und Recht. Für sie kommt es nicht — um einmal in der Terminologie der Staatstheorie von Georg Jellinek zu sprechen — auf Volk und Land an, die nur die physische Grundlage bilden, sondern auf jenes als Staatsgewalt benannte dritte Element. Ihm hat Herr Dürig gegenüber der Machttheorie eine modernere, ungleich feinere und lebendigere Deutung gegeben. Es wird dargestellt durch den geistigen Strom gemeinsamen Bewußtseins, der durch die Zeiten hindurchgeht, und der doch wiederum in jedem Moment erneut von der Gesamtheit empfunden und fortgetragen werden muß. Wo dieser lebendige Fortgang aufhört, verliert der bloße organisatorische Bestand der Macht seinen Sinn und Halt. Ist die bewegende innere Kraft eines Staatswesens entfallen, wie dies in der österreichischen- ungarischen Monarchie nach dem Tode Kaiser Franz Josefs, der zuletzt noch die Staatsidee des Reiches in sich verkörpert hatte, der Fall war, ist der äußere Niederbruch vor der Tür. Man sollte in der Tat in der Staats- und Völkerrechtslehre größeres Gewicht auf diese inneren Momente legen.

Ich bin daher Herrn Spanner dankbar für seine Erwähnung des österreichischen Geschehens der Jahre 1938—45. Unzweifelhaft erhält die offizielle österreichische Theorie einer möglichen Fortexistenz des Staates trotz Annexion (die hier als bloße Okkupation gedeutet wird) durch die Ausführungen von Herrn Dürig eine gewisse Stütze. Nur in einem untergeordneten Punkte würde ich einen Vorbehalt gegenüber Herrn Dürig machen. Er spricht von einem normativen Voluntarismus; diese Vokabel scheint mir allein im Bereiche des positivistischen Blickfeldes, nicht aber auf dem Boden einer phänomenologischen Deutung verwendbar.

In den Einzelfragen möchte ich betonen, daß es mir nicht angängig erscheint, sich hinter die juristische Unlösbarkeit der Fragen zu flüchten. Praktische Notwendigkeiten zwingen dazu, Lösungen zu suchen. Notwendig wird es allerdings sein, ihnen eine dynamische Tendenz zu geben. Die Antworten dürfen nicht in ein zu enges konstruktives Bett gefaßt werden. Man muß in einer Situation, die so im Fluß ist, eine Stellungnahme gewinnen, die die Zukunft nicht präjudiziert. Die letzten Richtigstellungen aller theoretischen Deutungen wird nur die Zukunft bringen. Übersehen wir auch nicht, daß in solchen Auseinandersetzungen jede rechtliche Interpretation ein bestimmtes politisches Moment enthält. Was wir hier diskutieren, sind nur die von deutscher Seite entworfenen Thesen. Ihnen stehen etwa von französischer oder sowjetischer Seite wieder ganz andere Deutungen der deutschen Gegenwart gegenüber. Ihnen gegenüber sinken die Unterschiede der verschiedenen in Deutschland vertretenen Meinungen zu relativen Gegensätzen herab. In Frankreich hat man seit 1945 gern von einem Untergang der deutschen Staatlichkeit gesprochen, sieht die Bundesrepublik und die Deutsche Demokratische Republik als Neubildungen an (ohne Zuständigkeit für das Ganze) und neigt neuestens dazu, von der Existenz zweier unabhängiger deutscher Staatswesen in West und Ost auszugehen. Die deutsche Auffassung hingegen geht, von einigen Ausnahmen abgesehen, vom Fortbestand der deutschen gesamtstaatlichen Einheit aus. Alle Lösungen, die hier gefunden werden können, werden ein bestimmtes Moment der künftigen Entwicklung enthalten und daher in einem gewissen Maße nicht allein konstruktiven Vorstellungen, sondern auch politischen Anschauungen entspringen. Das gilt für die von deutscher wie die von alliierter Seite verfochtenen Ansichten. Unter diesem Gesichtspunkt wird daher man berechtigt sein, eine bestimmte Sicht der deutschen Gegenwartslage nicht nur unter rein staatstheoretischen Aspekten zu würdigen, sondern ihr die Frage vorzulegen, ob sie in der Lage ist, auch künftigen Entwicklungen und Auseinandersetzungen über den Bestand des deutschen Staates, die Wiedervereinigung und die Grundlagen der deutschen rechtlichen Position standzuhalten. Es ist auch unter diesen Gesichts-

punkten, daß mir eine Deutung der deutschen Lage geeignet erscheint, die im Sinne auch der neueren Abmachungen der Bundesrepublik deren Anspruch klarstellt, die maßgebliche Repräsentation des deutschen Gesamtstaates — wenngleich z. Z. in territorialer faktischer Begrenzung — zu sein und für alle Deutschen handeln können. Gegenüber der von Herrn von der Heydte vorgetragenen Auffassung, mit der ich nicht im einzelnen in Auseinandersetzung treten kann, will ich nur vier Fragen erheben.

1. Wie möchte Herr von der Heydte den Anspruch Deutschlands auf Wiedervereinigung begründen? Will er sich hier auf die fortbestehende Gesamtordnung stützen?
2. Kann er einer Teilordnung die Möglichkeit völkerrechtlichen Handelns zugestehen, ohne sie allen übrigen von ihm angenommenen Teilordnungen auch zuzubilligen?
3. Wie will er von seiner Sicht aus das Recht der Bundesrepublik klarlegen, sich jedes Deutschen anzunehmen und für die Gesamtheit des Volkes zu sprechen?
4. Wie gelangt er dazu, zwischen der Rechtsordnung der Deutschen Demokratischen Republik und der der Bundesrepublik zu differenzieren? Weshalb gelten deren Anordnungen nicht bei uns? Die Berufung auf das interlokale Privatrecht scheint mir hier zu versagen, wo allein die Einsicht darin, daß hier zwei rivalisierende Regierungen gegenseitig ihre politischen Akte nicht respektieren, weiterzuhelfen vermag.

Warncke-Köln: Wenn die Auffassung vertreten wurde, die Frage nach der „Rechtslage des deutschen Staates seit 1945" könne nicht gelöst werden, so möchte ich mit den beiden Herren Referenten sagen, daß eine Antwort des Juristen nicht nur verlangt, sondern auch gefunden werden kann.

Vom Völkerrecht her liegen, abgesehen von nicht grundsätzlichen Bestimmungen des Potsdamer Abkommens, rechtlich zwingende Änderungen bisher nicht vor. Mangels einer neugeschaffenen völkerrechtlichen Lage ist also von dem Weiterbestehen des deutschen Gesamtstaates auszugehen.

Bei der Prüfung der staatsrechtlichen Seite hat Herr Dürig eine Staatstheorie vorgetragen, die noch vor wenigen Jahren überwiegend abgelehnt worden wäre. Erich Kaufmann hat schon vor 28 Jahren vor diesem Gremium bei der Auslegung des Gleichheitsgrundsatzes in der Weimarer Verfassung unter Hinwendung zu einer idealistischen Rechts- und Staatsphilosophie Bedenken gegen den Rechtspositivismus geltend gemacht. Auch Herr Dürig wendet sich stark davon ab einer idealistischen Staatslehre zu. Er meint, die auch von Frhr. v. d. Heydte erwähnte Wendung vom rein normativen zum geistigen, zum historisch sozialen Staatsbegriff.

Recht und Staat erscheinen so wesentlich als geistige, finale Werte, die der traditio und fortgesetzten Verwirklichung (Integration) bedürfen, um lebendig zu sein. Schon von Parmenides und Plato wurden die hier auftauchenden Fragen beantwortet und den Namen von Theodor Litt und Nikolai Hartmann würde ich noch den von Aloys Müller hinzufügen, der unbedingt der Erwähnung bedarf.

Wenn das Recht als geistige „Realität" bezeichnet wurde, so möchte ich mit der Ontologie den Begriff „Irrealität" — nach platonischer Auffassung würde „Idealität" etwa dasselbe ausdrücken — vorziehen.

Jedenfalls ist Recht seinem Wesen nach nur dann Recht, wenn es im Einklang mit der Gesamtkultur steht, wenn eine enge Verbindung mit den anderen geistigen Werten, insbesondere den logischen, ethischen, religiösen gewahrt ist. Vor zwei Jahren hat hier Ernst von Hippel in seinem Referat über „Ungeschriebenes Verfassungsrecht" im Hinblick auf das Naturrecht diese Zusammenhänge stark betont. Und in Wirklichkeit haben alle Naturrechtslehren ihre Bedeutung für das Recht und die Rechtswissenschaft dadurch, daß sie die Abhängigkeit des positiven Rechts von dieser geistigen Grundlage betont haben: zunächst die Verknüpfung mit den religiösen Normen, dem göttlichen Recht, dann den Hinweis auf die ethischen Werte, die Regeln der Sittlichkeit (Leibniz) und schließlich die Begründung des Naturrechts als Vernunftrecht aus der Natur des Menschen als vernünftigen und moralischen Wesens. Diese Gedanken finden wir in der griechischen Staatsphilosophie, sie wurden im Mittelalter und in der Neuzeit wiederum begründet.

Was hier vom Recht gesagt ist, gilt in gleichem Maße vom Wesen des Staates. Auch er ist begrifflich zuerst von den geistigen Werten aus zu erfassen. Fritz Schulz wies nach, daß die „Prinzipien des römischen Rechts" auch die Hauptmerkmale der römischen Staatsidee waren, nämlich traditio, natio, humanitas, fides usw. Wenn Herr Dürig die Bedeutung der „Tradition" hervorhebt und vom „Strom der Zeit" spricht, der durch Staat und Staatsgewalt hindurchgeht, so drückt Cicero in seiner Schrift „de re publica" denselben Gedanken so aus: „nostra autem res publica non unius est ingenio sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquod constituta saeculis et aetatibus".

Bei der Formulierung des soziologischen Staatsbegriffes halte ich ein gewisses Mißtrauen insofern für geboten, als manche Soziologen dazu neigen, den naturwissenschaftlichen Kausalbegriff in den Kreis der Geisteswissenschaften einzuführen. Der Staat als wesentlich geistiger Wert und Begriff ist aber nur mit geisteswissenschaftlichen Methoden, also phänomenologisch und vielleicht auch psychologisch zu begreifen. Jedenfalls ist die geistige und psychische Existenz des gesamten deutschen Volkes für Begriff und Rechtslage des deutschen Staates wesentlich.

Um diese Erörterungen auf das Thema anzuwenden, möchte ich mit folgendem schließen:

Ob man die verschiedenen Theorien, wie Identitäts-, Kontinitäts- oder Dachtheorie usw. für mehr oder weniger richtig hält, entscheidend ist eine entsprechende geistige Untermauerung, wie sie von beiden Referenten für erforderlich gehalten wurde. Jedenfalls ist Deutschland auch heute ein Staat, trotz der von außen gegen den Willen des deutschen Volkes aufgezwungenen organisatorischen, also rein geographisch-physischen Zonentrennung.

Merk-Tübingen: Ich fasse meine Ausführungen in fünf Punkte zusammen.

Zunächst ein Wort zu einer geschichtlichen Bemerkung des Herrn von der Heydte, mit der er auf den Westfälischen Friedensvertrag und die — in die Wiener-Kongreß-Akte — aufgenommenen Deutsche Bundesakte mit ihrer Regelung von verfassungsrechtlichen Verhältnissen Deutschlands hingewiesen hat. Diese Vorgänge zeigen gewiß die Bedeutsamkeit, aber auch die Gefahren der Mittellage Deutschlands in Europa. Aber es ist doch für uns betrübend, daß — was wir so bei keinem anderen europäischen Staate sehen — durch fremde Mächte innere Verfassungsverhältnisse des deutschen Volkes bestimmt und unter ihre Gewähr gestellt worden sind, also ohne deren Zustimmung rechtlich nicht geändert werden konnten; das verdanken wir unserer damaligen politischen Zerrissenheit und Ohnmacht. Einen ähnlichen Zustand haben wir wieder infolge der Überheblichkeit des nationalsozialistischen Führerstaats nach 1945 mit dem Eingreifen der Besatzungsmächte in die Regelung der verfassungsrechtlichen Verhältnisse Deutschlands erlebt.

Sodann ist in den Leitsätzen des Herrn von der Heydte unter B 1 bemerkt, der Staat sei der Inbegriff bestimmter Beziehungen zwischen bestimmten Menschen. Das erscheint mir zu unbestimmt und zu einzeltümlich gedacht. Der Staat stellt m. E. seinem Kerngehalt nach den Willens- und Machtverband eines Volkes auf einem bestimmten Gebiete im Sinne einer rechts- und handlungsfähigen Gesamtpersönlichkeit unter einer ursprünglichen, beim vollkommenen Staate auch unabhängigen, Herrschaftsgewalt dar. Wenn man die Auffassung Kelsens ablehnt, wonach Staat und Recht zusammenfallen, so sollte man m. E. auch nicht einfach mit Bezug auf den Staat von „Ordnung", und mit Bezug auf den gegenwärtigen Zustand Deutschlands von „Teilordnungen", sprechen. Staat und Recht verhalten sich vielmehr zueinander wie der Verband eines Volkes zur Ordnung dieses Verbandes.

Der dritte Punkt betrifft die Frage nach dem Fortbestand des Deutschen Reichs nach 1945. Es ist so, daß auch die völlige kriegerische Niederkämpfung und Besetzung eines Staates als solche

nicht den Untergang des besiegten Staates zur Folge haben, sofern damit nicht der dauernde und endgültige Wegfall eines der wesentlichen Begriffsmerkmale des Staates — Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsgewalt —, d. h. hier insbesondere der Staatsgewalt, verbunden ist; dies kommt dann regelmäßig zum Ausdruck in einer rechtlichen Willenserklärung, entweder einer einseitigen Einverleibungserklärung des Siegerstaates oder einem Vertrag, insbesondere Friedensvertrag, des Siegerstaates und des besiegten Staates über dessen Aufgehen in den Siegerstaat, wie dies z. B. hinsichtlich der Burenfreistaaten im Friedensvertrag von Pretoria am 31. Mai 1902 geschehen ist. Von beidem ist mit Bezug auf Deutschland keine Rede. Die völlige Übergabe vom 8. Mai 1945 hat ausweislich der im Auftrage des deutschen Oberkommandos der Wehrmacht ausgefertigten Urkunde lediglich militärische Bedeutung — die Waffenstreckung der ganzen deutschen Wehrmacht —, nicht aber unmittelbar politische Bedeutung gehabt; eine Übertragung der deutschen Staatsgewalt insbesondere an die Feindbundmächte hat nicht stattgefunden. Weiter haben die verbündeten Mächte in der sog. Viermächteerklärung vom 5. 6. 1945 ausdrücklich erklärt, daß eine Einverleibung Deutschlands von ihnen nicht vorgenommen werde. So ist auch insbesondere die deutsche Staatsangehörigkeit nach wie vor von den Besatzungsmächten anerkannt worden; niemand, der am 9. 5. 1945 die deutsche Staatsangehörigkeit besessen hat, ist in diesem Zeitpunkte staatenlos geworden, um später erst wieder die deutsche Staatsangehörigkeit in einem neugebildeten Staate zu erwerben. Weiter ist in der Erklärung vom 5. 6. 1945 von den Grenzen Deutschlands vom 31. 12. 1937 die Rede. In der Frankfurter Urkunde Nr. 1 der drei westlichen Besatzungsmächte vom 1. 7. 1948 ist dann die Bestimmung enthalten, daß, wenn die zu beschließende Verfassung von zwei Dritteln der westdeutschen Länder angenommen ist, sie in Kraft tritt und für alle Länder bindend ist, was dann entsprechend in das Bonner GG übernommen worden ist; danach hat auch Bayern mitmachen müssen, obwohl bekanntlich dort der Landtag das GG abgelehnt hat. All das ist nicht denkbar, ohne die Vorstellung, daß der deutsche Staat, also das im Jahre 1871 gegründete neue Deutsche Reich, fortbestanden hat. Die deutsche Staatsgewalt, die nach der Beseitigung der kurzlebigen Regierung Dönitz zunächst wegen Fehlens staatlicher Willensträger geruht hat, ist zunächst in den neu bzw. (bei Bayern und den Hansestädten) wiedergebildeten Ländern und dann im Gesamtverband des westdeutschen Volkes wiederaufgelebt. Ich kann deshalb die Auffassung des Herrn Apelt nicht teilen, der sich auf den Bayerischen Verfassungsgerichtshof berufen hat, wonach das 1871 gegründete Reich 1945 untergegangen sei, wie das ja auch Kelsen und Nawiasky behauptet haben. Aber mit dieser Auffassung steht der Bayerische

Verfassungsgerichtshof — dessen Entscheidung mir übrigens nicht weiter bekanntgeworden ist — so gut wie allein, da nicht nur das GG, sondern auch der Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht von dem Fortbestande des Reichs ausgehen. Ich für meine Person lehne jedenfalls die Auffassung ab, daß das Reich im Jahre 1945 untergegangen sei. In Bayern sind bekanntlich immer wieder besondere staatsrechtliche Auffassungen vertreten worden, die im übrigen Reiche keinen Anklang gefunden haben: es sei hier nur an die Lehre Max von Seydels über die rechtliche Natur des zweiten deutschen Kaiserreiches als eines bloßen Staatenbundes erinnert.

Dann zum vierten Punkt. Wenn wir danach von der Fortdauer des alten deutschen Staates nach 1945 auszugehen haben, wie steht es aber dann mit diesem Staate, nachdem im Jahre 1949 im Westen der Bundesfreistaat Deutschland und in Mitteldeutschland die DDR entstanden sind? Dabei sei hier der Einfachheit halber von den anderen Gebietsteilen, die am 31. 12. 1937 zum Deutschen Reich gehört haben, abgesehen. Ich vermag die Behauptung in den Leitgedanken des Herrn von der Heydte unter C 2, daß die Dieselbigkeitslehre und die Teilverbandslehre in gleicher Weise rechtlich vertretbar seien und es Sache der Politiker sei, hier die Entscheidung zu treffen, in dieser Form nicht als zutreffend anzuerkennen. Die rechtliche Erfassung der Wirklichkeit ist Sache der Rechtskundigen, während es Sache der Politiker ist, einen endgültigen politischen Zustand zu schaffen. Es handelt sich hier um einen Übergangszustand, wie dies ja auch im Vorspruch und in Art. 23 und 146 des GG zum Ausdruck gebracht ist. So ergeben sich gewisse Zweifelsfragen und Schwierigkeiten, da ein Friedensvertrag über die endgültige Gestaltung der deutschen Verhältnisse, und insbesondere der deutschen Grenzen, bisher nicht ergangen ist. Zunächst ist davon auszugehen, daß, wie gesagt, das Deutsche Reich von 1871 auch nach dem 8. 5. 1945 fortbestanden hat und auch heute noch fortbesteht. Daß es nun aber neben und über dem westdeutschen Bundesfreistaat und der DDR als Teilverbänden — unabhängig davon — das „Deutsche Reich“ in den Grenzen von 1937 als Staats- und Rechtspersönlichkeit, also drei voneinander verschiedene staatliche Gebilde, bestehen sollen, wie dies in den mir soeben zugänglich gewordenen Aushängebogen der zweiten Auflage des Mangoldtschen Erläuterungsbuches zum GG behauptet wird (S. 27ff.), geht m. E. nicht an. Wir können nur sagen, der Gedanke eines einheitlichen deutschen Staates ist im westlichen wie im östlichen Besatzungsgebiet trotz der beiden von den Besatzungsmächten zugelassenen bzw. geschaffenen Gebilde, wobei das ganze deutsche Volk nicht zur Bildung eines einheitlichen deutschen Staates innerhalb der Grenzen von 1937 zugelassen wurde, noch lebendig; ferner bestehen auch noch gewisse Rechtseinrichtungen in Nachwirkung des früheren deutschen

Staates fort, das deutsche Staatsgebiet in den Grenzen von 1937 und weiter die deutsche Staatsangehörigkeit. Im übrigen aber sind der Bundesfreistaat Deutschland und die DDR vorerst nur vorübergehende Gebilde; die Eigentümlichkeit ist dabei, daß jedes dieser Gebilde das andere völkerrechtlich und diplomatisch nicht anerkennt, sondern in Anspruch nimmt, für das ganze deutsche Volk den wahren Staat darzustellen, mag auch deren Herrschaftsgewalt sich nur auf ein nach den Besatzungsmächten bestimmtes Teilgebiet z. Z. beschränken. Es ist dann aber doch die Frage, ob wir die DDR als einen Staat im wahren Sinne des Wortes betrachten können. Es handelt sich um ein von Rußland militärisch besetztes Gebiet, in dem von einer freien Willensäußerung der Bevölkerung keine Rede ist. Es besteht dort die Gewaltherrschaft einer kleinen Minderheit, gestützt auf die militärische Macht Rußlands, die aber bei freien Wahlen offenbar sofort verschwinden würde; die Vereinigung des dort wohnhaften deutschen Volksteils mit dem westlichen Teile wird nur durch äußere Maßnahmen verhindert, die Trennung beruht nicht auf dem Willen jenes Volksteils. Für den Bundesfreistaat Deutschland dagegen können wir sagen, daß er, im ganzen gesehen, auf dem freien Willen des westdeutschen Volkes beruht, mag auch das GG, das aber nur einen vorläufigen Notbau darstellt, nicht ohne erhebliche Einwirkung der westlichen Besatzungsmächte zustande gekommen sein. Man kann im übrigen nicht außer acht lassen, daß er drei Viertel der Bevölkerung mit etwa 50 Millionen, dagegen die DDR nur ein Viertel nit 18 Millionen umfaßt. So möchte ich meinen, daß wir für die Übergangszeit den Bundesfreistaat Deutschland jedenfalls mit mehr Recht als den deutschen Staat ansehen dürfen als die DDR. Er stellt ein vorläufiges „Kleinstdeutschland" dar; wir können im Falle der Wiedervereinigung von einer Ausdehnung der Staatsgewalt des westdeutschen Freistaats auf Mitteldeutschland sprechen, unbeschadet insb. der Frage, inwieweit Verträge, die der Bundesfreistaat Deutschland abgeschlossen hat, auch bei einer solchen Änderung den Gesamtstaat binden, was z. T. gegebenenfalls rechtlich zu regeln wäre, z. T. aber auch schon nach verschiedener Richtung hin geregelt ist, wie z. B. bei dem Londoner Schuldenabkommen. Jenes schattenhafte dritte staatliche Gebilde, der „Dachstaat", würde dabei überhaupt nicht in die Erscheinung treten. Nehmen wir an — was wir alle nicht hoffen wollen — in einem Friedensvertrage würde Mitteldeutschland endgültig von Deutschland losgetrennt werden, so wird man nicht sagen können, das 1871 gegründete Deutsche Reich sei jetzt untergegangen; wir würden nicht verstehen, wieso dann auf einmal und jetzt der Bundesfreistaat Deutschland dieselbe Staats- und Rechtspersönlichkeit sein soll wie das Deutsche Reich vor 1945. Wenn wir von derselben Staats- und Rechtspersönlichkeit mit Bezug auf den

Bundesfreistaat Deutschland ausgehen, dann verschwinden diese Schwierigkeiten. Ich halte hiernach die vorliegende Frage nicht, wie Herr Apelt meinte, jetzt für unlösbar. Gewiß, die Herrschaftsgewalt des westlichen Staates erstreckt sich z. Zt. grundsätzlich nur auf das Gebiet der westdeutschen Länder; aber es läßt sich nicht vermeiden, daß darüber hinausgegangen wird, weil in der DDR das deutsche Volk nicht frei seinen politischen Willen äußern kann, wie wir dies schon im Vorspruch des GG ausgedrückt finden. Es kann da von einer treuhänderischen Art der Wahrung von Angelegenheiten für das ganze deutsche Volk gesprochen werden. So können wir nur sagen: der Bundesfreistaat Deutschland ist vorerst an der Ausübung der Staatsgewalt innerhalb der ganzen Grenzen von 1937, insbesondere über die „deutschen Staatsangehörigen" des russisch besetzten Gebiets, gehindert (vgl. auch Art. 23 GG). Jedenfalls ist alles Reichsvermögen innerhalb des Bundesfreistaats grundsätzlich Bundesvermögen geworden und ist also nicht mehr ein davon verschiedenes Reichsvermögen; die Reichsgesetze sind Bundesgesetze geworden und nicht davon unabhängige Reichsgesetze geblieben: sollen sie denn etwa als solche unverändert fortbestehen, wenn eine Änderung im Bundesfreistaat vorgenommen worden ist? Man käme zu einem unwirklichen Gebilde, wenn man annimmt, daß eine besondere Staatspersönlichkeit, „Deutsches Reich" genannt, daneben noch — ohne Willensträger und ohne Handlungsfähigkeit — in den Grenzen von 1937 mit den deutschen Staatsangehörigen im Bundesfreistaat und der DDR fortbesteht. Ich vermag so die Auffassung, daß außer dem Bundesfreistaat Deutschland eine davon verschiedene besondere Staats- und Rechtspersönlichkeit „Deutsches Reich" als sogenannter „Dachstaat" vorhanden sei, nicht als richtig anzuerkennen. Wenn Mitteldeutschland abgetreten werden müßte—das könnte aber doch nur durch den Bundesfreistaat geschehen, und nicht durch jenen „Dachstaat", aber doch nicht als bloßen „Teilstaat", wozu er ja gar nicht befugt wäre—oder uns dauernd verloren ginge, da müßten wir diesen westdeutschen Staat eben endgültig als „Kleinstdeutschland", als das uns verbliebene Reich, ansehen müssen. Vorerst liegen aber nur einstweilige Zustände vor. Ich habe in der Vorlesung das Bild gebraucht: es ist bestenfalls vergleichsweise ähnlich, wie wenn ein Fluß sich in zwei Arme zerteilt und noch nicht feststeht, ob sie sich wieder vereinigen oder endgültig trennen, der eine sozusagen nach Westen und der andere nach Osten fließt; aber daß der hauptsächlichste Arm noch der alte Fluß ist, läßt sich nicht in Abrede stellen.

Endlich noch einige Bemerkungen zum gehaltvollen Vortrage von Herrn Dürig. Tatsächliches und Rechtliches geht — wie bei der Unterscheidung zwischen Tatbestand bzw. seiner Erfüllung und Rechtsfolge in den Rechtssätzen überhaupt — auch bei der Entstehung

des Staates eng zusammen. Die Entstehung des Staates ist zunächst eine geschichtliche Tatsache, die freilich sofort eine Wendung ins Rechtliche nimmt, insofern damit ein Verband eines Volkes auf einem bestimmten Gebiete unter einer ursprünglichen, beim vollkommenen Staate auch unabhängigen Herrschaftsgewalt im Sinne einer rechts- und handlungsfähigen Gesamtpersönlichkeit gebildet wird. Es muß also durch einen geschichtlichen Vorgang eine rechtliche Vereinigung eines Volkes gebildet werden. Wir kommen weiter nicht darum herum, Staatsgebiet und Staatsvolk als natürliche Grundlagen des Staates anzusehen und dies im Staatsbegriff zu berücksichtigen. Das bedeutet nichts anderes, als daß die rechtliche Vereinigung eines Volkes unter einer ursprünglichen bzw. unabhängigen Herrschaftsgewalt auf einem bestimmten Gebiet besteht, m. a. W., daß es sich dabei nicht nur um einen persönlichen Verband handelt, sondern auch eine sachliche Grundlage vorhanden ist, der Staat eine sog. Gebietskörperschaft ist; nur so haben wir eine klare Abgrenzung gegenüber Gebilden anderer Art, die wir infolge Fehlens der Gebietsgrundlage nicht als Staat ansehen können, wie z. B. die katholische Kirche. Ich sehe nicht ein, warum neben der Staatsgewalt nicht auch Staatsvolk und Staatsgebiet zu den Begriffsmerkmalen des Staates gerechnet werden sollen.

Den Ausführungen über den sog. „objektiven Geist" im Sinne von Hegel in Verbindung mit Gedanken von Nikolai Hartmann, Theodor Litt und Smend, stimme ich weitgehend zu. Dieser sog. „objektive Geist" ist nichts außerhalb des Geistes der Einzelnen für sich Bestehendes; er kann sich freilich in äußeren Erscheinungen verkörpern. Er kann aber als eine geistige Tatsache, ja Macht, den Einzelnen gegenübertreten, aber nicht so, daß der Einzelne nicht seinerseits gestaltend auf ihn einwirken könnte. In Wirklichkeit ist hier alles im Flusse der Entwicklung: es kommt darauf an, ob und wie die Überlieferung von späteren Geschlechtern aufgenommen und wie sie weitergeführt und vielleicht umgeformt wird; führende Geister können sich im besonderen Maße schöpferisch auswirken. Im übrigen ist hier aber doch für unsere Betrachtung eine gewisse Einschränkung vorzunehmen; denn das Gesagte gilt für die gesamte geistige Kultur eines Volkes, Sprache, Kunst, Recht, Sitte usw., und nicht nur für den Staat als solchen. Wie zum Volke im letzten Grunde das Bewußtsein und der Wille der Zusammengehörigkeit gehört, so gilt dies ähnlich auch für den Staat. Daß ein Staat als Verband des Volkes ohne Bewußtsein und den Willen der überwiegenden Mehrheit des Volkes, diesem Staate anzugehören, im Fortgang der Zeiten bestehen kann, ist nicht denkbar. Von einem vierten Bestandteile des Staatsbegriffs zu sprechen, scheint mir nicht notwendig: der Verband eines Volkes ist eben im letzten Grunde eine geistige Wirklichkeit. Aber der

Staatsverband muß als eine tatsächliche Gegebenheit einmal geschichtlich geschaffen sein und fortbestehen, damit sich dieses Staatsbewußtsein daran anknüpfen kann, sonst fällt es ins Leere oder ist nicht oder nicht mehr vorhanden. Wir haben das bei unserem deutschen Volke in der Zeit von 1806—1871 gesehen, wo zwar ein gewisses gesamtdeutsches Kulturbewußtsein und ein Zusammengehörigkeitsgefühl vorhanden war, aber nicht ein Gesamtstaat und daher auch nicht ein Gesamtstaatsbewußtsein, sondern nur Bestrebungen auf Herstellung eines solchen Gesamtstaates. Wir können aber doch sagen, daß auch heute noch der Wille, einem gesamtdeutschen Staate im Sinne der Reichseinheit angehören zu wollen und nicht von ihm für immer abgetrennt zu sein, nicht nur im Westen, sondern auch größtenteils im Osten noch vorhanden ist, zumal da eine endgültige Regelung der staatlichen Verhältnisse noch nicht erfolgt ist. Aber wir müssen uns bemühen, die staatliche Einheit des deutschen Volkes wieder im vollen Sinne herbeizuführen: das Reich im Sinne eines gesamtdeutschen Staates ist uns im Augenblick aufgegeben und nicht gegeben.

Pfeifer-Wien: Aus den Reden der Vorredner sind verschiedene Gesichtspunkte hervorgegangen. Ich selbst habe das Thema des Herrn v. d. Heydte mit den realen Augen eines Wissenschaftlers und Politikers betrachtet und ich möchte vorwegschicken, daß realistisch und idealistisch zu sein keine Gegensätze sind, sondern realistisch und phantastisch. Wir müssen bei den realen Tatsachen bleiben.

Herr v. d. Heydte hat mit Recht an die Spitze seiner Ausführungen den Satz gestellt, daß die Frage: Staatsuntergang oder nicht? abhängig ist von der Frage, was wir unter Staat verstehen. Das auf einem bestimmten Gebiet seßhafte, organisierte und geführte Volk, das ist der Staat. Zunächst sind Völker da, Staaten sind Gebilde, die von Menschen geschaffen werden. Nach der klassischen Staatslehre ist für den Bestand eines Staates außer den naturhaften Elementen Staatsvolk und Staatsgebiet auch das institutionell-normative Element der Staatsgewalt erforderlich.

Der Begriff der Staatsgewalt bedarf der kritischen Beleuchtung. Nach Georg Jellinek ist sie der die gemeinsamen Zwecke des Verbandes versorgende Wille, der anordnet und die Vollziehung seiner Anordnungen leitet. Naturgemäß muß die Staatsgewalt eine einheitliche sein, die das ganze Staatsvolk und Staatsgebiet umfaßt. Damit steht und fällt der Staat. Wie steht es im Augenblick hier? Wenn wir Deutschland nennen, so müssen wir gestehen, daß es seit 1948/49 gespalten ist und daß sich tatsächlich zwei Staatsgewalten aufgetan haben. Das Deutsche Reich ist derzeit ein besetzter und handlungsunfähiger Staat. Aber gibt es überhaupt handlungsunfähige Staaten? Auf die Dauer gesehen nicht. Nur

vorübergehend kann ein Staat seiner Regierung und damit seiner Handlungsfähigkeit beraubt sein und dennoch fortbestehen. Denn ich glaube, daß die Handlungsfähigkeit zum Wesen des Staates gehört. Ein handlungsfähiges Organ, das für das gesamte Deutsche Reich Pläne faßt, Anordnungen trifft und diese ausführen läßt, ist augenblicklich nicht vorhanden.

Herr v. d. Heydte hat am Schluß seiner Rede gesagt, daß bei ihm vielleicht doch noch mehr das Herz als der Verstand mitgesprochen hat. Dieser deutsche Staat, das Deutsche Reich, es lebt in den Herzen der Menschen, die dessen Staatsvolk ausgemacht haben; es ist augenblicklich nicht effektiv, sondern nur im Herzen und Willen der Nation vorhanden. Es soll wieder geschaffen werden.

Ich komme damit zum Verhältnis Staat und Nation. Herr v. d. Heydte meinte, daß beim Staate vom menschlichen Willen gewillkürte Beziehungen vorhanden seien, die Nation hingegen dem Menschen aufgegeben und von seinem Willen unabhängig sei. Diesem Nationsbegriff kann ich nicht beipflichten. Der Nationsbegriff in dem in Deutschland und Mitteleuropa gebräuchlichen Sinn setzt das Volk im natürlichen Sinne voraus. Dieses ist eine Bluts-, Kultur- und Schicksalsgemeinschaft, in die der Einzelne hineingeboren wird, und ist zugleich eine seelische Gemeinschaft, die auf dem Zusammengehörigkeitsgefühl des Volksgenossen beruht.

Bei voller Entfaltung des Gemeinschaftsbewußtseins wandelt sich das Volk zur Nation. Die Nation ist vorhanden, wenn das bloße Gemeinschaftsbewußtsein eines Volkes sich zum Gemeinschaftswillen steigert, d. h. zu einem Willen nach gemeinsamer Lebens- und Zukunftsgestaltung. In dem Augenblick, in dem ein Volk als Kampfgemeinschaft auftritt, wie die staatlich nicht geeinten Griechen im Kampf gegen die Perser, die deutschen Stämme im Kampf gegen die Ungarn und die deutschen Einzelstaaten im Befreiungskampf gegen Napoleon, in dem Augenblick ist das Volk bereits im vollen Maße Nation.

Die Nation ist also eine besondere Spielart des Volkes: das willensgeeinte oder politische Volk. Dieser deutsche Nationswille ist trotz augenblicklichen Fehlens der effektiven staatlichen Einheit vorhanden, und solange er diesseits und jenseits des eisernen Vorhanges erhalten bleibt, können wir gläubigen Herzens auf die staatliche Wiedervereinigung hoffen.

Herrfahrdt-Marburg: 1. zu Referat Frh. v. d. Heydte:

Die Bemerkung unter B 2, „die deutsche Staatsgewalt bestand trotz Fortfallens der Staatsspitze auf unteren Stufen weiter", ist leider im Vortrag selbst nicht ganz zur Geltung gekommen. Sie scheint mir aber von grundsätzlicher Bedeutung. Wir müssen uns

frei machen von der Vorstellung des Absolutismus — die im Parlamentarismus infolge zentralisierender Tendenzen des Wahlkampfes weiterlebt —, daß die Staatsordnung wesentlich von der Spitze her zu verstehen sei. Nach 1945 lief der größte Teil unseres öffentlichen Lebens weiter, obwohl die Spitze fehlte. Die meisten Entscheidungen fallen nicht an der Spitze, sondern in unteren Instanzen an Hand alltäglicher örtlicher Bedürfnisse. Die Staatsspitze wirkt großenteils nur koordinierend. Diese Koordination ist 1945 weggefallen und durch den Willen der Besatzungsmächte ersetzt worden. Die alte Verwaltungstradition hat den Weimarer Staat und den Nationalsozialismus überdauert. Deshalb konnte z. B. unsere Ernährungswirtschaft unter schwierigsten Verhältnissen in Ordnung gehalten werden, während in Ländern ohne solche Tradition Menschen auf der Straße verhungerten.

Zu C, 2 und 3 des Referats v. d. Heydte (Identitäts- und Teilordnungstheorie) gingen m. E. in der Aussprache zwei verschiedene Fragen durcheinander. So unterscheidet Herr Apelt die Rechtsfrage (Bindung an die lex lata) und die freigestaltende Aufgabe des Politikers (lex ferenda). Das kreuzt sich mit einer anderen Gegenüberstellung: Recht als gerechter Ausgleich — Politik als Sieg der stärksten Macht. Sieht man aber in der Politik ebenso wie im Recht die Aufgabe gerechten Ausgleichs, so rücken beide einander näher. Wichtig ist deshalb der Satz von Herrn v. d. Heydte, daß wir die rechtlichen Deutungen eines außergewöhnlichen Zustandes nicht in endgültige Lösungen verfälschen dürfen. Der Jurist hat, auch als Richter, im Sinne gerechten Ausgleichs die künftigen politischen Lösungen geistig vorzubereiten.

2. Zum Referat Dürig möchte ich zu II,1 nur darauf hinweisen, daß sich die neukantianische Trennung Sein — Sollen nicht mit dem Begriffspaar Norm — Faktizität deckt.

Ermacora-Wien: Auch in Österreich wird eine Kontinuitätstheorie verfochten. Sie lehrt, daß Österreich nach dem 27. 4. 1945 dasselbe Staatswesen sei wie das am 13. 3. 1938. Diese Kontinuitätstheorie, auch Okkupationstheorie genannt, versucht ihr Ziel mit Argumenten zu erreichen, die sich einzig und allein auf positives Recht stützen. Die Theorie Dürigs ist eine Kontinuitätslehre, die ihre Argumente außerhalb positiven Rechtes sucht. Dürig geht hierbei durchaus originelle Wege. Die Phänomene, die — gemessen an der klassischen Staatslehre — Bestandteil eines vierten Staatsbegriffselementes sind, könnten von philosophischen Schulen, die der Phänomenologie nicht huldigen, mit schwerwiegenden Gründen als „Chimären" abgetan werden (vgl. z. B. die Existentialphilosophie). So würde einer gedeihlichen unangefochtenen Anwendung der Dürigschen Kontinuitätstheorie mit der Vernichtung der Elemente, die den „objektiven Geist" speisen, wohl der Boden

unter den „Füßen" weggezogen. Ich möchte daher vermerken, daß die Theorie Dürigs in diesem Falle nur Mittel zum Zweck sein könnte; zum Zweck, die Wesensgleichheit des deutschen Staatswesens nach 1945 mit jener vor 1945 zu belegen. Glauben Sie als Juristen, die es mit der Anwendung positiven Rechtes zu tun haben, daß vier Jahre nach Setzung des „Bonner Grundgesetzes" die Dürigsche Theorie angewendet werden könnte, ohne mit dem positiven Rechte Deutschlands in Widerspruch zu treten? Ich glaube, der deutsche Gesetzgeber, wie auch die deutsche Vollziehung, haben Rechtslagen geschaffen, die die Dürig'sche Theorie als „reine Theorie" erscheinen ließen. Will sie nicht reine Theorie sein, müßte sie ihre praktisch-politische Durchschlagskraft beweisen. Juristisch gesehen, müßte sie sich vor der geschriebenen Verfassung — dem A und O der rechtlichen Existenz eines modernen staatlichen Gemeinwesens — bewähren. Die politischen Entscheidungen und Bekenntnisse in dieser müßte die Kontinuitätstheorie in sich tragen. Die wohl fundierte, originelle Theorie Dürigs könnte für den Verfassungsgesetzgeber und den Gesetzgeber des Bundes und der Länder für den Beweis die Quelle sein, daß das heutige Deutschland, gemessen an seiner rechtlichen Substanz, dem Deutschland vor dem 8. 5. 1945 gleichartig ist.

Stanka-Wien: Herr Scheuner hat das Beispiel Karl II. von England gebracht. Es wäre in diesem Zusammenhang vielleicht noch Ludwig XVIII. zu nennen, der 1814 vom 19. Jahr seiner Regierung gesprochen hat. Für ihn bestand keine Regierung Napoleons, für ihn hatte die bourbonische Herrschaft ununterbrochen weiterbestanden. Wenn wir heute den Ausspruch des Bourbonenherrschers betrachten, so scheint das geschichtliche Blindheit. Der Historiker wird einmal urteilen müssen und nur er allein wird urteilen können, wer heute den berechtigten Anspruch erhoben hat, Traditionsträger des deutschen Staates gewesen zu sein. Noch ein Wort bezüglich des Alliierten Kontrollrats. Einige Schriftsteller glaubten, in ihm in den Jahren 1945—1948 das oberste deutsche Staatsorgan zu sehen. Dies ist schon deshalb falsch, weil dieses Organ nicht den Anspruch erheben konnte auf eine innere Autorität und es lediglich äußere Autorität beanspruchte. Jede Kontinuitätstheorie muß sich gefallen lassen, in bezug auf ihre geschichtliche Wirklichkeit untersucht zu werden u. U. als zu leicht befunden zu werden. Die Männer, die heute Politik machen mit dem Anspruch darauf, daß sie vor dem Urteil der Geschichte einmal bestehen werden, können dies nur im Vertrauen auf die zukünftige Geschichte, nicht aber im Vertrauen auf eine Betrachtung der gewesenen Vorgänge.

Dürig-Tübingen (Schlußwort):

Meine Herren Professoren! Als ich dem Herrn Präsidenten unserer Vereinigung die Übernahme des Mitberichts zusagte, begrüßte ich ihn mit dem Notruf der Gladiatoren und Privatdozenten: moriturus te salutat. Ich danke Ihnen, daß Sie mich in der Diskussion wissenschaftlich „am Leben gelassen" haben. Ein Teil der Herren Diskussionsredner hat mich sogar mit den Sonnenstrahlen des Lobes bedacht. Besonders gefreut hat mich dabei die Anerkennung von Herrn Professor Scheuner. Das eröffnet völlig neue Perspektiven für die von seiner Seite aus so überaus hart geführte Kontroverse um den klassischen Enteignungsbegriff.

Aber auch den Herren, die nicht mit Kritik gespart haben, bin ich dankbar. Wenn ich nicht auf Einzelheiten eingehe, und hierfür um Nachsicht bitte, dann hat das den ganz einfachen Grund, daß ich infolge eines defekten Armes die fast dreistündige Diskussion nicht so exakt festhalten konnte, wie es für einen Anfänger nötig gewesen wäre, um konzise Antworten geben zu können. Nur soviel:

Ich kann die Skepsis meines verehrten Lehrers, Geheimrat Apelt, nicht teilen. Ich bin mit den Herren Professoren Scheuner und Merk und Herrn Kollegen Warncke der Meinung, daß wir uns solchen Problemen, wie sie heute erörtert wurden, stellen müssen. Wenn wir es nicht tun, was sollen dann unsere Gerichte tun?

Es täte mir leid, wenn ich Herrn Professor Nawiasky irgendwie Unrecht getan hätte. Ich darf betonen, daß ich schließlich drei Jahre lang auch zu seinen Füßen gesessen bin. Aber ich komme an folgender, wie mir scheint, Inkonsequenz nun einmal nicht vorbei: Herr Professor Nawiasky hat es auch heute wiederholt, daß er Staatsvolk und Staatsgebiet nicht als Wesensmerkmale des rechtlichen Staatsbegriffs gelten läßt. Die rein faktische Gegebenheit der militärischen Niederringung wird von ihm dann aber entscheidend für den rechtlichen Nachweis des Staatsuntergangs verwertet. Dieser, wie er schreibt, „nackten Tatsache" wird dann plötzlich also sehr erhebliche und entscheidende rechtliche Bedeutung beigelegt.

Im Anschluß an die Kritik Nawiaskys möchte ich es fast schon bedauern, daß ich einige Male, gewissermaßen in Klammern, vom „vierten" Staatselement gesprochen habe. Sie wollen mir bitte glauben, daß ich gewiß keine Ambitionen habe, eine Lehre vom vierten Staatselement aus der Taufe zu heben. Mir kam es darauf an, die Lücke — Günther Krauß spricht hier sehr schön von einem „unbewältigten Wirklichkeitsrückstand" — zwischen den seinsmäßigen Gegebenheiten einerseits und der geistigen Realität der Staatsgewalt andererseits zu schließen. Dies war mein ganzes Anliegen, das man nicht „dramatisieren" sollte, wie es m. E. Herr Ermacora getan hat.

Herr Warncke hat mir, wenn ich ihn recht verstanden habe, eine „idealistische Rechtslehre" unterstellt. Ich möchte betonen, daß ich auf gar keinen Fall einer Rückkehr zum „deutschen Idealismus", der im Sozialallgemeinen auch das wertmäßig Allgemeine sieht, das Wort rede. Mein Versuch war soziologisch orientiert und die Idee — hier berühre ich mich mit Martin Drath — ist ein Teil dieses soziologischen Wirklichkeitsstoffes.

Sie gestatten mir, ehe ich den Platz für Baron von der Heydte frei mache, noch eine persönliche Bemerkung. Als die Münchener Universität im Winter 1945/46 ihre Pforten öffnete und Geheimrat Apelt das erste öffentlich-rechtliche Seminar abhielt, lautete das Thema des ersten Seminarabends „Theodor Litt: Individuum und Gemeinschaft". Der Referent an diesem Abend war ich. Sie werden mir nach dem Inhalt des Referates, das zu halten ich heute vor Ihnen die Ehre hatte, zugeben, daß sich für mich heute ein gewisser Ring geistig geschlossen hat. Daß das so ist, verdanke ich meinem verehrten Lehrer, Geheimrat Apelt. Und ich glaube, es gibt für einen Anfänger kein geeigneteres Gremium, als die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, um ihm hierfür und für alles andere meinen tiefempfundenen Dank auszusprechen.

Von der Heydte-Würzburg (Schlußwort): Ich bitte um Entschuldigung, wenn ich nicht auf alle Einwände eingehe, sondern nur einige herausgreife.

Zunächst sind eine ganze Reihe terminologischer Einwände gemacht worden. Terminologie ist ein schwierig Ding: Ob man wohl jemals zu einer gemeinsamen Sprachregelung kommt? Ich weiß es nicht.

Noch größer werden die Gegensätze, sobald es sich nicht mehr um Terminologien, sondern um die Deutung des Wesens und Inhalts von Begriffen handelt. Hier möchte ich vor allem die Auffassung zurückweisen, daß das Recht eine geistige Irrealität sei. Im Gegenteil: Recht ist eine geistige Realität. Geist besteht allerdings zunächst darin, daß er nicht materialistisch aufzufassen ist. Doch die Materie ist nicht die einzige Erscheinungsform des Realen. Es gibt Realität auch außerhalb jeder Materie.

In den Bemerkungen, die ich in Bezug auf Staat, Volk und Nation gemacht habe, habe ich mich offenbar sehr unklar ausgedrückt. Ich darf wiederholen, was ich in meinem Vortrag als Nation versucht habe herauszustellen: Nation ist für mich die bewußt gewollte, erlebte und bekannte Einheit eines Volkes, die als Grundlage eine dem Menschen aufgegebene Beziehung hat, die der Mensch verleugnen, die er verraten, von der der Mensch sich aber nicht durch eigene Entscheidung lösen kann. Volk und Staatsvolk sind meiner Anschauung nach sehr klar zu trennen. Das Staatsvolk gehört zum Staat, es ist ein Teil und Wesenselement des Staates —

und wenn das Staatsvolk als solches noch weiterbesteht, wenn es noch weiter die Summe aller Angehörigen eines Staates umfaßt und wenn man dies nachweisen kann, dann kann man ohne weiteres dies nicht als einzigen, wohl aber als einen der Beweise auch für den Fortbestand dieses Staates anführen. Etwas ganz anderes ist das Volk im natürlichen Sinne, und etwas ganz anderes die Nation. Volk und Nation können Voraussetzung eines Staates sein, die Nation Ausgangspunkt für das Werden eines Staates, ein Staat in stadio nascendi, sie sind aber nicht Teil und Wesenselement des Staates.

Ich habe allerdings versucht, auch die Existenz der deutschen Nation als Beweis für den Fortbestand des deutschen Staates anzuführen: Solange eine Nation als Einheit existiert, hat sie ein sittliches Recht auch auf staatliche Einheit und eine sittliche Pflicht, für diese Einheit zu kämpfen.

Wenn ich schließlich den Staat einen Inbegriff bestimmter Beziehungen zwischen bestimmten Menschen genannt habe, so wollte ich damit keine Definition geben. Ich wollte nur eine Aussage über den Staat machen. Herr Abendroth hat den Staat für mich sehr überzeugend eine Wirkungseinheit genannt und meinte, diese Wirkungseinheit deutscher Staat habe nach 1945 nicht mehr bestanden. Ich kann mich dem nicht anschließen. Es gibt doch auch eine geistige Wirkungseinheit — und als geistige Wirkungseinheit hat dieser deutsche Staat nach 1945 jedenfalls fortbestanden.

Die Frage, ob die deutsche Staatsgewalt nach dem 8. 5. 1945 fortbestanden hat oder nicht, wurde von den einzelnen Rednern verschieden beantwortet. Ich muß allen Herren recht geben, da ja jeder unter Staatsgewalt im Grunde etwas anderes verstanden hat. Die Frage, ob die deutsche Staatsgewalt weiterbestanden hat, kann man nur dann beantworten, wenn man vorher sich über den Begriff der Staatsgewalt klar ist. Deshalb habe ich in meinem kurzen Referat zu Beginn versucht zu sagen, was ich unter Staatsgewalt verstehe. Ich habe von der Staatsspitze und von der Staatsführung gesprochen, die ich nicht mit der Staatsspitze gleichgesetzt habe, weil diese Führung auf verschiedenen Stufen erfolgt, und ich habe schließlich daneben von der Rechtsordnung, in deren Verwirklichung wiederum die Staatsgewalt aufscheint, gesprochen. Auch die Staatsführung im weitesten Sinn ist nach dem 8. 5. 1945 freilich zunächst gehemmt gewesen. Doch diese Hemmung der Staatsgewalt in ihrer Führungsaufgabe bedeutet nicht Aufhebung der Staatsgewalt; die langsam eintretende Erlaubnis, diese Führungsaufgabe wieder auszuüben, bedeutet nicht eine Delegation seitens der Besatzungsmächte.

Es wurde weiter von dem Plan gesprochen, Deutschland in Teile auseinanderzureißen, ein Plan, der in Jalta bestanden hat

und auch bei der Vorbereitung der Potsdamer Konferenz noch einmal aufgetaucht ist. Der Plan bestand; aber Zielsetzungen schaffen noch kein Recht. Erst wenn der Plan in Willensakten, in Handlungen verwirklicht wird, wird er rechtlich erheblich und geeignet, eine neue Rechtslage zu schaffen. Eine solche Verwirklichung dieses Planes kann man jedoch nicht nachweisen.

Die Herren aus Österreich haben die Frage der Kontinuität in Zusammenhang mit der österreichischen Frage berührt. Zunächst darf ich entgegnen, daß ich bewußt die Frage des Staatsgebiets ausgeklammert habe, um nicht meine Zeit notwendigerweise zu überschreiten. Ich sprach bewußt nur von der Staatsgewalt und von dem Staatsvolk; ich wollte lediglich die Kontinuität des Staates nachweisen, und bei diesem Nachweis spielt die Frage des Umfanges des Staatsgebiets jedenfalls keine Rolle. Doch wenn Sie mich nach meiner Ansicht zum hier nicht zur Diskussion stehenden Problem des deutschen Staatsgebietes fragen, antworte ich gern: Ganz einerlei, zu welcher Theorie man sich hinsichtlich der Kontinuität des deutschen Staates bekennt, zum deutschen Staatsgebiet gehört m. E. mindestens das Staatsgebiet, das bis zu dem Zeitpunkt zu Deutschland gehört hat, in dem Deutschland sein Staatsgebiet nicht durch eine völkerrechtswidrige Handlung erweitert hat.

Die Frage der Kontinuität Österreichs ist natürlich etwas anders gelagert als die der Kontinuität Deutschlands. Man macht es sich zu einfach, wenn man sich auf den Standpunkt stellt: Österreich besteht trotz Annexion und Okkupation, trotz Wegfall einer österreichischen Staatsgewalt 1938, trotz des Willens der Mehrheit seiner Bevölkerung 1938, sich an Deutschland anzuschließen, fort, das Deutsche Reich hingegen ist untergegangen, und wenn man als Beweis für diese These nur das Wiederinkrafttreten einer alten Verfassung anführt. Das Wiederinkrafttreten einer alten Verfassung beweist ebensowenig die Kontinuität eines Staates wie eine totale Verfassungsänderung den Untergang eines Staates bedeutet.

Ich habe versucht, in meinem Referat einfach und klar zu sein. Es ist mir offenbar nicht gelungen: sonst wäre der Eindruck nicht entstanden, daß ich von einer Stufenfolge verschiedener Staatsgewalten gesprochen habe. Es gibt nur eine deutsche Staatsgewalt: die Einheit der Staatsgewalt gehört zum Wesen des Staates. Dort, wo ich von der Okkupation sprach, habe ich nur eine herrschende Lehre des Völkerrechts vertreten. Daß sich bei der occupatio bellica die fremde Staatsgewalt des Okkupanten der Staatsgewalt des okkupierten Staates vorordnet, ist eine These, die allgemein vertreten wird. Diese Vorordnung der Okkupationsgewalt schafft für den Okkupanten eine Dispositionsbefugnis: Doch diese Dispositionsbefugnis des Okkupanten im

okkupierten Staat kann nicht als Beweis für den Untergang des okkupierten Staates angeführt werden. Die Folge wäre die, daß jeder voll okkupierte Staat dadurch, daß die Okkupationsmacht in ihm diese ihr nach Völkerrecht zustehende Befugnis ausgeübt hat, untergegangen wäre. Das widerspricht nicht nur der herrschenden Völkerrechtstheorie, sondern auch jedem Sinn geschichtlicher Wirklichkeit.

Es ist teilweise meine Auffassung kritisiert worden, daß wir heute in einem Augenblick stehen, in dem die Dinge noch so in Fluß sind, daß der Jurist nicht sagen kann, daß die Identitätstheorie oder die Teilordnungstheorie für diesen Zeitpunkt des Übergangs die einzig mögliche rechtliche Lösung ist. Wenn ich sage, daß dies heute eine Frage ist, die die Juristen erst entscheiden können, wenn bestimmte politische Entscheidungen gefällt sind, die heute noch bevorstehen, so meine ich damit nicht, daß der Politiker eine rechtliche Entscheidung zu fällen hat. Doch der Politiker hat die Voraussetzungen für eine rechtliche Beurteilung zu schaffen; er hat dann im Rahmen des rechtlich Möglichen das Zweckmäßige zu tun.

Der Diskussionsbeitrag von Herrn Scheuner hat gezeigt, daß die Identitätstheorie, so wie sie Herr Scheuner heute vertritt, und die Teilordnungstheorie, so wie ich versucht habe sie zu vertreten, im Grunde genommen nicht weit von einander entfernt sind. Man muß beide Theorien in ihrer Dynamik sehen und nicht als statisch feste Ausschließlichkeit beanspruchende Thesen. Versteht man die Identitätstheorie richtig, so kann man nicht behaupten, die Sowjetzone gehöre nach der Identitätstheorie nicht mehr zu Deutschland. Auch die Identitätstheorie sieht in der Sowjetzone einen Teil Deutschlands. Ebensowenig kann man anderseits, wenn man die Teilordnungstheorie nur richtig versteht, den Schluß ziehen, die Teilordnungstheorie setze die Gleichberechtigung oder die Gleichheit der einzelnen Teilordnungen voraus.

Nun zu Herrn Scheuners Frage. Ich sehe nicht ein, inwiefern die Teilordnungstheorie den Anspruch Deutschlands auf Wiedervereinigung irgendwie auch nur gefährden sollte; gerade dadurch, daß wir immer wieder betonen: „Wir sind nur Teile und kein Ganzes!", wird dieser Anspruch auf Wiedervereinigung der Teile nur gestärkt. Inwiefern weiter in der Teilordnungstheorie die Möglichkeit nicht gegeben sein soll, die Regierung der Bundesrepublik als einzige legitime und demokratische Regierung innerhalb ganz Deutschlands, als einziges völkerrechtlich vom Westen anerkanntes Organ Gesamtdeutschlands zu betrachten und damit ihre Zuständigkeit zu begründen, für Gesamtdeutschland zu handeln und die Vertretung aller Deutschen im Auslande zu übernehmen, sehe ich ebenfalls nicht ein.

Betrachten wir die letzten Erklärungen der Alliierten im Hinblick auf die Bundesrepublik, sehen wir ganz klar, daß die Bundesrepublik als einzige legitime, demokratische Vertretung aller Deutschen anerkannt wird. Das bedeutet aber nicht irgendwie, daß sie als identisch mit Gesamtdeutschland im Sinne einer allzu starren Identitätstheorie betrachtet wird.

Eine letzte Frage: Die Frage des ordre public. Im Grunde genommen kann man gerade hier den Unterschied zwischen der Bundesrepublik als Teilordnung und der Bundesrepublik als Repräsentant Gesamtdeutschlands klarer sehen. Der ordre public, auf den die Bundesrepublik sich in der Behandlung von staatlichen Akten der Ostzone beruft, ist ja nicht nur der ordre public der Bundesrepublik, sondern der ordre public Gesamtdeutschlands; weil die Bundesrepublik treuhänderisch für Gesamtdeutschland handelt, muß sie gerade auch diesen ordre public bewahren.

Ich weiß, daß mein Referat wie meine Schlußworte das Problem im Grunde nur angerührt, aber keinesfalls gelöst haben. An der Lösung der deutschen Frage können wir als Juristen nur mitarbeiten; die Lösung ist nicht nur uns, sondern dem ganzen deutschen Volk als Aufgabe gestellt. Als Hochschullehrer müssen wir den Gedanken der deutschen Einheit, wie wir ihn staatsrechtlich in der Lehre von der Kontinuität des deutschen Staates erfassen, als Bekenntnis und politische Forderung unseren Studenten vermitteln und damit hinaustragen in die deutsche Bevölkerung und müssen dabei eines vor allem bekämpfen: Die Indifferenz diesen Dingen gegenüber, die leider auch in unserer akademischen Jugend schon in erschreckendem Maße um sich greift. Solange der Effektivität der Teilung Deutschlands die Effektivität unseres Widerstandes gegen diese Teilung gegenübersteht, ist die zweite Teilung Deutschlands nicht vollendet.